Rapport de la Commission spéciale établi par Peter Nygh et Fausto Pocar

(traduction)

INTRODUCTION

CADRE GÉNÉRAL ET NATURE DE LA CONVENTION

COMMENTAIRE DE LA CONVENTION ARTICLE PAR ARTICLE

Préambule

CHAPITRE PREMIER – CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier *– Champ d'application matériel*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Lettre a)
Lettre b)
Lettre c)
Lettre d)
Lettre e)
Lettre f)
Lettre g)
Lettre h)
Paragraphe 3
Paragraphe 4

Article 2 *– Champ d'application territorial*
Paragraphe 1
Lettre a) *– Élection de for*
Lettre b) *– Compétences exclusives*
Lettre c) *– Litispendance et refus d'exercer la compétence*
Paragraphe 2

CHAPITRE II – COMPÉTENCE

Article 3 *– For du défendeur*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Lettre a) *– Siège statutaire*
Lettre b) *– Loi de constitution*
Lettre c) *– Administration centrale*
Lettre d) *– Principal établissement*

Article 4 *– Élection de for*
Paragraphe 1 – Clause attributive de juridiction
Champ d'application
Accord
Licéité de l'accord
Validité au fond de l'accord
Le tribunal ou les tribunaux d'un État
Lien de rattachement avec le for désigné
Les différends nés ou à naître d'un rapport de droit déterminé
Compétence exclusive à moins que les parties n'en aient décidé autrement
Effet du choix d'un tribunal d'un État contractant
Choix d'un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant
Clauses attributives de juridictions et mesures provisoires et conservatoires
Clauses attributives de juridictions dans les actes constitutifs de trusts
Paragraphe 2 – Validité formelle
Lettres a) *et* b) *– Forme enregistrée*
Lettre c) *– Usage régulièrement suivi par les parties*
Lettre d) *– Usage dans une branche commerciale particulière*
Paragraphe 3 – Absence de validité de certains accords

Article 5 *– Comparution du défendeur*
Paragraphe 1 – Absence de contestation de la compétence
Paragraphe 2 – Droit de contester la compétence

Article 6 *– Contrats*
Lettre a) *– Fourniture d'objets mobiliers corporels*
Lettre b) *– Prestation de services*
Lettre c) *– Prestations mixtes*

Article 7 *– Contrats conclus par les consommateurs*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3

Article 8 *– Contrats individuels de travail*
Paragraphe 1
Lettre a) *– Actions du travailleur contre l'employeur*

Lettre b) *– Actions de l'employeur contre le travailleur*

Paragraphe 2

Article 9 *– Succursales [et activité commerciale habituelle]*
Compétence fondée sur une « succursale, agence, ou tout autre établissement »
Compétence fondée sur une « activité commerciale habituelle »
Directement lié à cette succursale ou cette activité

Article 10 *– Délits*
Paragraphe 1
Lettre a) *– Lieu de l'acte ou de l'omission*
Lettre b) *– Lieu de la naissance du dommage*
Paragraphe 2
Paragraphe 3
Paragraphe 4

Article 11 *– Trusts*
Sens du terme « trust »
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Lettre a) *– L'État dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust*
Lettre b) *– L'État dont la loi est applicable au trust*

Lettre c) *– L'État avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action*

Article 12 *– Compétences exclusives*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3
Paragraphe 4
Paragraphe 5
Paragraphe 6

Article 13 *– Mesures provisoires et conservatoires*

Report of the Special Commission by Peter Nygh and Fausto Pocar

INTRODUCTION

GENERAL FRAMEWORK AND NATURE OF THE CONVENTION

ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY ON THE CONVENTION

Preamble

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1 *– Substantive scope*
Paragraph 1
Paragraph 2
Sub-paragraph a)
Sub-paragraph b)
Sub-paragraph c)
Sub-paragraph d)
Sub-paragraph e)
Sub-paragraph f)
Sub-paragraph g)
Sub-paragraph h)
Paragraph 3
Paragraph 4

Article 2 *– Geographic scope*
Paragraph 1
Sub-paragraph a) *– Choice of court*
Sub-paragraph b) *– Exclusive jurisdiction*
Sub-paragraph c) – Lis pendens *and refusal to exercise jurisdiction*
Paragraph 2

CHAPTER II – JURISDICTION

Article 3 *– Defendant's forum*
Paragraph 1
Paragraph 2
Sub-paragraph a) *– Statutory seat*
Sub-paragraph b) *– Law of incorporation*
Sub-paragraph c) *– Central administration*
Sub-paragraph d) *– Principal place of business*

Article 4 *– Choice of court*
Paragraph 1 – Choice of forum clause
Scope of application
Agreement
*The lawfulness (*licéité*) of the agreement*
The substantive validity of the agreement
A court or courts of a State
Connection with the selected forum
Any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship
Exclusive jurisdiction unless the parties have agreed otherwise
Effect of choice of a court of a Contracting State
Choice of court or courts of a non-Contracting State

Choice of court clauses and provisional and protective measures
Choice of court clauses in trust instruments

Paragraph 2 – Formal validity
Sub-paragraphs a) *and* b) *– Recorded form*
Sub-paragraph c) *– Regular usage by the parties*
Sub-paragraph d) *– Usage in the particular trade*

Paragraph 3 – Invalidity of certain agreements

Article 5 *– Appearance by the defendant*
Paragraph 1 – Submission to the jurisdiction
Paragraph 2 – The right to contest jurisdiction

Article 6 *– Contracts*
Sub-paragraph a) *– Supply of goods*
Sub-paragraph b) *– Provision of services*
Sub-paragraph c) *– Combinations of goods and services*

Article 7 *– Contracts concluded by consumers*
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3

Article 8 *– Individual contracts of employment*
Paragraph 1
Sub-paragraph a) *– Actions by an employee against an employer*
Sub-paragraph b) *– Claims by an employer against an employee*
Paragraph 2

Article 9 *– Branches [and regular commercial activity]*
Jurisdiction based on "branch, agency or other establishment"
Jurisdiction based on "regular commercial activity"
Directly relating to that branch or that activity

Article 10 *– Torts or delicts*
Paragraph 1
Sub-paragraph a) *– Place of the act or omission*
Sub-paragraph b) *– Place where the injury arose*
Paragraph 2
Paragraph 3
Paragraph 4

Article 11 *– Trusts*
The meaning of "trust"
Paragraph 1
Paragraph 2
Sub-paragraph a) *– The State in which is situated the principal place of administration of the trust*
Sub-paragraph b) *– The State the law of which is the law applicable to the trust*
Sub-paragraph c) *– The State with which the trust has the closest connection for the purpose of the proceedings*

Article 12 *– Exclusive jurisdiction*
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3
Paragraph 4
Paragraph 5
Paragraph 6

Article 13 *– Provisional and protective measures*

Définition des mesures provisoires et conservatoires
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3

Article 14 *– Pluralité de défendeurs*
Paragraphe 1
Paragraphe 2

Article 15 *– Demandes reconventionnelles*

Article 16 *– Appel en garantie et intervention*
Paragraphes 1 et 2

Article 17 *– Compétence fondée sur le droit national*

Article 18 *– Compétences interdites*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Lettre a) *– Présence ou saisie de biens du défendeur*

Lettre b) *– Nationalité du demandeur*
Lettre c) *– Nationalité du défendeur*
Lettre d) *– Domicile, résidence habituelle ou temporaire, ou présence du demandeur*
Lettre e) *– Poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur*
Lettre f) *– Assignation délivrée au défendeur*

Lettre g) *– Désignation unilatérale du tribunal par le demandeur*
Lettre h) *– Procédure d'exequatur, d'enregistrement ou d'exécution d'un jugement*
Lettre i) *– Résidence temporaire ou présence du défendeur*
Lettre j) *– Lieu de signature du contrat dont dérive le litige*
Paragraphe 3

Article 19 *– Autorité du tribunal saisi*

Article 20
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3

Article 21 *– Litispendance*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3
Paragraphe 4
Paragraphe 5
Paragraphe 6
Paragraphe 7

Article 22 *– Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Lettre a)
Lettre b)
Lettre c)
Lettre d)
Paragraphe 3
Paragraphe 4
Paragraphe 5

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 23 *– Définition du terme «jugement»*
Lettre a)
Lettre b)

Article 24 *– Jugements exclus du chapitre III*

Article 25 *– Jugements reconnus ou exécutés*
Paragraphe 1
Paragraphe 2 – Reconnaissance
Paragraphe 3 – Exécution
Charge de la preuve

Article 26 *– Jugements qui ne peuvent être reconnus ou exécutés*

Article 27 *– Vérification de la compétence*
Paragraphe 1
Paragraphe 2
Paragraphe 3

Article 28 *– Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution*
Paragraphe 1
Lettre a) *– Litispendance*
Lettre b) *– Jugements inconciliables*
Lettre c) *– Incompatibilité avec les principes fondamentaux de procédure*
Lettre d) *– Défaut de notification*
(i) – Notification au défendeur
(ii) – Notification en temps utile
Lettre e)
Lettre f) *– Ordre public*
Paragraphe 2 – Révision au fond

Article 29 *– Pièces à produire*
Paragraphes 1 à 3

Article 30 *– Procédure*

Article 31 *– Frais de procédure*

Article 32 *– Aide judiciaire*

Article 33 *– Dommages et intérêts*
Paragraphe 1 – Dommages et intérêts non compensatoires
Paragraphe 2
Lettre a)
Lettre b)
Paragraphe 3

Article 34 *– Divisibilité*

Article 35 *– Actes authentiques*
Paragraphes 1 à 3

Article 36 *– Transactions*

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 37 *– Rapport avec d'autres Conventions*

Article 38 *– Interprétation uniforme*

Article 39

Article 40

CHAPITRE V – CLAUSES FINALES

Article 41 *– Clause fédérale*
1 Forme de la clause permettant la ratification par certaines mais non toutes les unités territoriales constituant un État donné
2 Clause de répartition
3 Référence à la loi interne de l'État contractant

Definition of provisional and protective measures
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3

Article 14 *– Multiple defendants*
Paragraph 1
Paragraph 2

Article 15 *– Counter-claims*

Article 16 *– Third party claims*
Paragraphs 1 and 2

Article 17 *– Jurisdiction based on national law*

Article 18 *– Prohibited grounds of jurisdiction*
Paragraph 1
Paragraph 2
Sub-paragraph a) *– The presence or seizure of property belonging to the defendant*
Sub-paragraph b) *– The nationality of the plaintiff*
Sub-paragraph c) *– The nationality of the defendant*
Sub-paragraph d) *– The domicile, habitual or temporary residence, or presence of the plaintiff*
Sub-paragraph e) *– The carrying on of commercial or other activities by the defendant*
Sub-paragraph f) *– The service of a writ upon the defendant*
Sub-paragraph g) *– The unilateral designation of the forum by the plaintiff*
Sub-paragraph h) *– Proceedings for a declaration of enforceability, registration or enforcement of a judgment*
Sub-paragraph i) *– Temporary residence or presence of the defendant*
Sub-paragraph j) *– The place of signature of the contract from which the dispute arises*
Paragraph 3

Article 19 *– Authority of the court seised*

Article 20
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3

Article 21 – Lis pendens
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3
Paragraph 4
Paragraph 5
Paragraph 6
Paragraph 7

Article 22 *– Exceptional circumstances for declining jurisdiction*

Paragraph 1
Paragraph 2
Sub-paragraph a)
Sub-paragraph b)
Sub-paragraph c)
Sub-paragraph d)
Paragraph 3
Paragraph 4
Paragraph 5

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 23 *– Definition of "judgment"*
Sub-paragraph a)
Sub-paragraph b)

Article 24 *– Judgments excluded from Chapter III*

Article 25 *– Judgments to be recognised or enforced*
Paragraph 1
Paragraph 2 – Recognition
Paragraph 3 – Enforcement
Onus of proof

Article 26 *– Judgments not to be recognised or enforced*

Article 27 *– Verification of jurisdiction*
Paragraph 1
Paragraph 2
Paragraph 3

Article 28 *– Grounds for refusal of recognition or enforcement*
Paragraph 1
Sub-paragraph a) – Lis alibi pendens
Sub-paragraph b) *– Inconsistent judgments*
Sub-paragraph c) *– Incompatibility with fundamental principles of procedure*
Sub-paragraph d) *– Lack of notice*
(i) – Notification to the defendant
(ii) – Notification in sufficient time
Sub-paragraph e)
Sub-paragraph f) *– Public policy*
Paragraph 2 – Review of the merits

Article 29 *– Documents to be produced*
Paragraphs 1 to 3

Article 30 *– Procedure*

Article 31 *– Costs of proceedings*

Article 32 *– Legal aid*

Article 33 *– Damages*
Paragraph 1 – Non-compensatory damages
Paragraph 2
Sub-paragraph a)
Sub-paragraph b)
Paragraph 3

Article 34 *– Severability*

Article 35 *– Authentic instruments*
Paragraphs 1 to 3

Article 36 *– Settlements*

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 37 *– Relationship with other Conventions*

Article 38 *– Uniform interpretation*

Article 39

Article 40

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 41 *– Federal clause*
1 The form of the clause permitting ratification for some but not all of the territorial units constituting a particular State
2 A distributive clause
3 A reference to the internal law of a Contracting State

INTRODUCTION

1 Le 19 octobre 1996, les États représentés à la Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé ont pris la Décision « d'inscrire à l'ordre du jour des travaux de la Dix-neuvième session la question de la compétence, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale »[1].

2 Cette décision a été précédée de travaux conduits au sein de la Conférence dans les années précédentes, à la suite d'une Décision adoptée par sa Dix-septième session demandant au Secrétaire général d'instituer une Commission spéciale pour étudier les problèmes soulevés par l'élaboration d'une nouvelle Convention en matière de reconnaissance et d'exécution des jugements en matière civile et commerciale, susceptible de remplacer la *Convention de La Haye du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* (la « Convention Exécution de 1971 ») qui n'avait pas rencontré le succès souhaité[2]. Cette Commission spéciale a tenu deux réunions, du 20 au 24 juin 1994 et du 4 au 7 juin 1996, au cours desquelles elle a étudié plusieurs aspects du sujet[3] et proposé de le retenir dans les travaux futurs de la Conférence.

3 En application de la Décision prise à la Dix-huitième session de la Conférence, le Bureau Permanent a institué une Commission spéciale qui a tenu cinq réunions, du 17 au 27 juin 1997, puis du 3 au 13 mars 1998, du 10 au 20 novembre 1998, du 7 au 18 juin 1999, et enfin du 25 au 30 octobre 1999.

4 La Commission spéciale a désigné comme Président T. Bradbrooke Smith, expert du Canada ; comme Vice-présidents Andreas Bucher, expert de la Suisse, Masato Dogauchi, expert du Japon, Jeffrey D. Kovar, expert des États-Unis d'Amérique et José-Luis Siqueiros, expert du Mexique ; et comme co-Rapporteurs Peter Nygh, expert de l'Australie et Fausto Pocar, expert de l'Italie.

5 Les travaux de la Commission spéciale ont été grandement facilités par les excellents Documents préliminaires suivants, établis par Catherine Kessedjian, Secrétaire général adjoint :

– « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 7 d'avril 1997, ci-dessus p. 12 du présent tome) ;

– « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de juin 1997 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 8 de novembre 1997, ci-dessus p. 80 du présent tome) ;

– « Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale » (Doc. prél. No 9 de juillet 1998, ci-dessus p. 108 du présent tome) ;

– « Note sur les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé et droit comparé » (Doc. prél. No 10 d'octobre 1998, ci-dessus p. 144 du présent tome).

6 Le présent Rapport porte sur l'**avant-projet de Convention sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale**, adopté par la Commission spéciale à l'issue de sa Cinquième réunion le 30 octobre 1999, et qui sera soumis à la Session diplomatique (Dix-neuvième session).

CADRE GÉNÉRAL ET NATURE DE LA CONVENTION

7 Traditionnellement, la négociation d'une convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements suppose que l'on prenne une décision sur la nature « simple » ou « double » de la convention. Dans une « convention double », sont déterminées à la fois les règles de compétence permettant aux juridictions d'un État contractant de statuer et les conditions de reconnaissance des jugements. Si la liste des chefs de compétence obligatoires[4] est « fermée », c'est-à-dire exhaustive, les parties sont certaines non seulement que tous les jugements rendus sur le fondement de ces chefs de compétence seront reconnus, sous réserve de l'ordre public, des règles de « *due process* » et de l'inconciliabilité de jugements, mais encore que l'exercice d'une compétence fondée sur un autre chef ne sera pas reconnu par les autres États membres. Une telle convention a l'avantage de garantir la prévisibilité et une relative simplicité, mais elle suppose un large consensus sur les chefs de compétence acceptables. Elle suppose aussi que les États membres changent leurs règles nationales sur la compétence internationale, pour se conformer avec les dispositions de la convention. Partant, les obligations auxquelles s'engagent les États contractants peuvent être relativement importantes.

8 Pour cette raison, la plupart des accords internationaux et des conventions portant sur ces questions sont rédigées sous la forme de « conventions simples ». Dans une « convention simple », la compétence des États contractants n'est abordée que sous l'angle de la compétence indirecte, c'est-à-dire en tant que condition de reconnaissance des jugements. Les États contractants restent libres d'exercer leur compétence sur la base d'autres chefs de compétence, en application de leur droit national, qui ne doit donc pas être modifié. Une telle convention est, à juste titre, qualifiée d'« imparfaite », parce qu'elle ne permet pas d'empêcher l'exercice des compétences exorbitantes, qui sont pour le commerce international un obstacle tout aussi important que l'incertitude sur la reconnaissance et l'exécution des jugements. La Convention Exécution de 1971 est essentiellement une « convention simple », même si, dans le *Protocole additionnel du premier février 1971 à la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale* qui s'y rattache, est interdite la reconnaissance de jugements rendus sur le fondement de certaines compétences exorbitantes, dont la liste est donnée[5].

9 Entre les États membres de l'Union européenne, est applicable la *Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (la « Convention de Bruxelles »). Elle est suivie par une convention largement identique, la *Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (la « Convention de Lugano »), qui lie les États membre de l'Union européenne et certains États frontaliers.

[1] Acte final de la Dix-huitième session, partie B, Décision 1, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 28 à 56, à la p. 46.
[2] Pour une analyse des raisons de cet insuccès, voir C. Kessedjian, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. prél. No 7 d'avril 1997, ci-dessus p. 12 du présent tome.
[3] « Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. prél. No 1 d'août 1994, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 62 à 68 ; « Conclusions de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. prél. No 12 d'août 1996, *ibid.*, p. 184 à 194.
[4] Par « chef de compétence obligatoire » on entend un chef de compétence que les États parties à la Convention doivent mettre à la disposition des plaideurs.
[5] Voir C.N. Fragistas, Rapport explicatif sur la Convention Exécution de 1971, *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, p. 359 à 388, § 3, à la p. 365.

INTRODUCTION

1 On 19 October 1996, the States represented at the Eighteenth Session of the Hague Conference on Private International Law decided: "to include in the Agenda of the Nineteenth Session the question of jurisdiction, and recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters".[1]

2 This decision was preceded by work done in the Conference in previous years, subsequent to a Decision by its Seventeenth Session to request the Secretary General to convene a Special Commission to study the problems raised by the preparation of a new Convention on the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, to replace the *Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* (the "1971 Enforcement Convention") which had not been entirely successful.[2] The Special Commission held two meetings, from 20 to 24 June 1994 and from 4 to 7 June 1996, at which it considered several aspects of the subject[3] and proposed including it in the future programme of work of the Conference.

3 In accordance with the Decision of the Eighteenth Session of the Conference, the Permanent Bureau established a Special Commission which held five meetings: 17 to 27 June 1997, 3 to 13 March 1998, 10 to 20 November 1998, 7 to 18 June 1999 and 25 to 30 October 1999.

4 The Special Commission appointed as Chair T. Bradbrooke Smith, expert from Canada; as Vice-Chairs Andreas Bucher, expert from Switzerland, Masato Dogauchi, expert from Japan, Jeffrey D. Kovar, expert from the United States of America and José-Luis Siqueiros, expert from Mexico; and as co-Reporters Peter Nygh, expert from Australia, and Fausto Pocar, expert from Italy.

5 The work of the Special Commission was greatly facilitated by the following excellent Preliminary Documents, drawn up by Madame Catherine Kessedjian, Deputy Secretary General:

– "International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters" (Prel. Doc. No 7 of April 1997, *supra* p. 13 of this tome);

– "Synthesis of the Work of the Special Commission of June 1997 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters" (Prel. Doc. No 8 of November 1997, *supra* p. 81 of this tome);

– "Synthesis of the Work of the Special Commission of March 1998 on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters" (Prel. Doc. No 9 of July 1998, *supra* p. 109 of this tome);

– "Note on Provisional and Protective Measures in Private International Law and Comparative Law" (Prel. Doc. No 10 of October 1998, *supra* p. 145 of this tome).

6 This Report deals with the **preliminary draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters**, which was adopted by the Special Commission at the end of its Fifth Meeting on 30 October 1999, and is to be submitted to the Diplomatic Session (Nineteenth Session).

GENERAL FRAMEWORK AND NATURE OF THE CONVENTION

7 Traditionally, in drafting a convention on the recognition and enforcement of judgments a decision has to be made on whether it should be framed as a "double convention" or as a "single convention". In a "double convention" both the jurisdiction which the courts of Contracting States are permitted to exercise is regulated as well as the conditions upon which such judgments are to be recognised. If the list of required jurisdictions[4] is "closed", that is to say, exhaustive, parties can be assured that not only will all judgments rendered in the exercise of the required list of jurisdictions be recognised, subject to reservations based on public policy, due process and inconsistency of judgments, but that the exercise of jurisdiction on any other basis will not be recognised in other Contracting States. Such a convention has the advantage of predictability and relative simplicity, but it requires a high degree of consensus on what the required grounds of jurisdiction ought to be. It also requires Contracting States to change their national laws relating to international jurisdiction in accordance with the provisions of the convention. The obligations facing Contracting States can therefore be substantial.

8 For that reason, most international agreements and conventions in this area are framed as "single conventions". In a "single convention" the jurisdiction of Contracting States is only dealt with indirectly, that is to say, as a condition for the recognition of judgments. Contracting States remain free to exercise jurisdiction on other grounds in accordance with their national laws which do not require any change. Such a convention is rightly described as "imperfect", because it does not prevent the exercise of exorbitant grounds of jurisdiction which are as much a hindrance to international commerce as the uncertainty about recognition and enforcement of judgments. The 1971 Enforcement Convention is essentially a "single convention", even if, in the *Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters* attached thereto, recognition of judgments based on the exercise of certain listed "exorbitant jurisdictions" is prohibited.[5]

9 Between the Member States of the European Union the *Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (the "Brussels Convention") is applicable. It is accompanied by the largely identical *Convention of 16 September 1988 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters* (the "Lugano Convention") which applies to the relationship between Member States of the European Union and certain contiguous States. Both Conventions

[1] Final Act of the Eighteenth Session, Part B, Decision 1, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 29-56, at p. 47.

[2] The reasons are explained by C. Kessedjian, in "International Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", Prel. Doc. No 7 of April 1997, *supra* p. 13 of this tome.

[3] "Conclusions of the Special Commission of June 1994 on the question of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters", Prel. Doc. No 1 of August 1994, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 63-69; "Conclusions of the second Special Commission meeting on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters", Prel. Doc. No 12 of August 1996, *ibid.*, pp. 185-195.

[4] By "required jurisdiction", we mean jurisdictional grounds which Contracting States are obliged to provide to potential litigants.

[5] See C.N. Fragistas, Explanatory Report on the 1971 Enforcement Convention, *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966), Exécution des jugements*, pp. 359-388, §3 at p. 365.

Les deux Conventions sont des «conventions doubles» qui sont «fermées», au moins pour les personnes domiciliées dans les États contractants[6]. Toutes les compétences qui ne sont pas prévues par le texte sont interdites. Dans cette mesure, la prohibition expresse de certaines règles de compétence posée à l'article 3 de ces Conventions n'a qu'une fonction didactique.

10 Une autre «convention double», quoique limitée à une question particulière, est la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*. Cette Convention réglemente de manière exhaustive les compétences susceptibles d'être mises en œuvre par les autorités d'un État contractant pour statuer à l'égard d'un enfant, même résident dans un État non contractant. Dans cette mesure, il s'agit d'une «convention fermée», sans aucune marge de manœuvre pour les États parties.

11 Le Groupe de travail qui s'est réuni en octobre 1992 a reconnu qu'une «convention simple» sur le modèle de la Convention Exécution de 1971 ne répondrait pas aux besoins d'aujourd'hui. Il s'est prononcé en faveur d'une «forme se rapprochant de la convention double», comme la Convention de Bruxelles de 1968. Cela étant, le Groupe a estimé qu'une «convention double complète» comme les Conventions de Bruxelles / Lugano serait sans doute «trop ambitieuse». Pour cette raison, il s'est déclaré favorable à une convention «qui offrirait certains des avantages d'une convention double, tout en ayant une plus grande flexibilité que ne le fait une convention du type de Bruxelles / Lugano»[7].

12 Partant, une troisième voie a été ouverte: celle d'une soi-disant «convention mixte». Ce genre de convention suit le modèle d'une «convention double», en posant des règles de compétence juridictionnelle directe et non uniquement des règles de compétence juridictionnelle indirecte. L'exercice d'une compétence conventionnelle obligatoire devra permettre la reconnaissance. Mais à la différence d'une convention double, la liste n'est pas exhaustive: l'exercice d'une compétence fondée sur une règle du droit commun est autorisé, dans certaines limites. Tout jugement rendu sur la base d'une compétence appartenant à cette «zone grise» ne sera pas reconnu en application des règles de la convention, mais pourra être reconnu en application du droit national de l'État requis. Les limites de la «zone grise» sont définies par une liste de chefs de compétences prohibés, qui ne peuvent pas être utilisés par les juridictions nationales des États contractants sauf, peut-être, à l'encontre de ceux qui ne sont pas habituellement résidents dans un État contractant; et les jugements rendus dans un État contractant sur la base d'une compétence prohibée ne peuvent en aucun cas être reconnus dans les autres États contractants. Pour cette raison, la liste des compétences prohibées est une partie importante d'une «convention mixte».

13 La Commission spéciale a accepté les conclusions du Groupe de travail selon lesquelles une «convention simple» ne serait pas utile. Au départ, la Commission spéciale a travaillé dans l'optique d'une «convention double», en estimant que tel devait être son objectif, si un tel résultat était possible. Toutefois, à sa réunion de juin 1999, la Commission a décidé qu'une certaine flexibilité devait être autorisée, par le recours au droit national à l'intérieur de certaines limites. Par conséquent, l'article 17 de l'avant-projet de Convention adopté par la Commission spéciale le 30 octobre 1999 permet l'application de règles de compétence du droit national, sous réserve de l'application des règles relatives aux clauses attributives de juridiction, aux compétences de protection, aux compétences exclusives et aux restrictions concernant les mesures provisoires et conservatoires, ainsi qu'à la condition que l'exercice de cette compétence ne soit pas prohibé par l'article 18. L'article 18(1) interdit l'application d'une règle de compétence prévue par le droit national d'un État contractant à l'encontre d'un défendeur ayant sa résidence habituelle dans un État contractant lorsqu'il n'y a pas de lien substantiel entre cet État et le litige. L'article 18(2) donne une liste exemplative des compétences prohibées. L'article 24 exclut les jugements rendus sur la base d'une compétence fondée sur le droit national du bénéfice du chapitre III de l'avant-projet de Convention sur la reconnaissance, mais n'empêche pas que la reconnaissance d'un tel jugement ait lieu sur le fondement du droit national. L'article 26 interdit la reconnaissance d'un jugement rendu sur la base d'une compétence prohibée de l'article 18, tant en application du chapitre III qu'en application du droit national.

14 Partant, il y a trois types de compétences dans l'avant-projet de Convention:

(1) Une liste de compétences obligatoires, qui permettent la reconnaissance et l'exécution du jugement dans les autres États contractants, sous réserve du «*due process*», de l'ordre public et de la nécessité d'éviter les décisions inconciliables;

(2) Une liste de compétences interdites, qui ne doivent pas être exercées et qui, si elles étaient néanmoins mises en œuvre, interdisent toute possibilité de reconnaissance du jugement qui en résulte; et

(3) Un ensemble intermédiaire, qui n'entre pas dans les catégories 1 et 2, dans lequel une compétence fondée sur une règle du droit national peut être exercée, et la reconnaissance de la décision qui s'ensuit dépend du droit commun de l'État requis.

15 Une lecture des dispositions de l'avant-projet rendra évidents certains emprunts au texte des Conventions de Bruxelles et de Lugano, jusque dans leurs récentes modifications. De la même façon, la rédaction de la Convention de Bruxelles avait été fortement influencée par le travail de la Conférence de La Haye de droit international privé sur la Convention Exécution de 1971, qui a été achevée en 1966. L'utilisation de la liste des compétences prohibées, qui apparaît pour la première fois dans l'article 4 du Protocole à ce qui est ensuite devenu la Convention Exécution de 1971 est un très bon exemple de ce processus très utile d'influence croisée. Dans certains cas, la Commission spéciale a eu à l'esprit la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur l'interprétation de la Convention de Bruxelles, soit pour s'en servir comme modèle, soit pour identifier clairement ce que la Commission voulait éviter. De la même façon, ont été prises en considération les jurisprudences nationales, de pays européens ou non européens.

16 Toutefois, l'avant-projet présente plusieurs différences fondamentales avec les Conventions de Bruxelles et de Lugano: tout d'abord, comme on l'a signalé, l'avant-projet n'est pas celui d'une «convention double fermée», mais laisse la possibilité d'appliquer des règles de compétence fondées sur le droit national, même entre États contractants.

17 Deuxièmement, et ceci découle logiquement de la remarque précédente, la disposition relative aux compétences prohibées n'est pas simplement didactique, mais représente une réelle limite à l'exercice des compétences fondées sur le droit national.

[6] Dans la mesure où, en application de l'art. 4 des deux Conventions, les chefs de compétence prévus par le droit national (y compris les chefs de compétence exorbitante) peuvent être mis en œuvre à l'encontre de personnes qui ne sont pas domiciliées dans un État contractant, les Conventions ne sont pas complètement «fermées».

[7] «Conclusions du Groupe de travail sur l'exécution des jugements», *Actes et documents de la Dix-septième session (1993)*, tome I, *Matières diverses*, p. 256 à 262, Nos 3 à 5.

are "double conventions" which are "closed", at least in relation to persons domiciled in Contracting States.[6] Whatever jurisdiction is not on the required list is prohibited. The express prohibition of the exercise of certain jurisdictions in Article 3 of the Conventions serves an educational function only.

10 Another "double convention", albeit one limited to a specialised area, is the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*. Since it defines exhaustively the jurisdiction which authorities of Contracting States can exercise even as regards children habitually resident in non-Contracting States, it can be seen as a "closed convention", without any margin of manoeuvre for States Parties.

11 The Working Group which met in October 1992 acknowledged that a "single convention" on the pattern of the 1971 Enforcement Convention would fall short of present day needs. It expressed a preference for "an approach in the direction of a 'double' Convention", like the Brussels Convention of 1968. However, the Group felt that "a complete double Convention" of the Brussels / Lugano type would be "overly ambitious". It therefore favoured a Convention "which would offer some of the advantages of a double convention, while at the same time having a greater degree of flexibility than that available with a convention of the Brussels / Lugano type".[7]

12 Thus, a third possibility was created: the so-called "mixed convention". This type of convention follows the pattern of a "double convention" in regulating the jurisdiction of the courts of Contracting States directly and not merely for the purposes of recognition. Any basis of jurisdiction which is on the list of required jurisdictions will suffice for recognition. But, unlike the "double convention" it does not do so exhaustively: it allows the use of jurisdictions based on national law within certain limits. Any judgment based on a jurisdiction within this "grey zone" will not be entitled to recognition under the convention, although it may be recognised under the national law of the State addressed. The limits of the "grey zone" are defined by a list of prohibited jurisdictions which may not be exercised by the courts of a Contracting State, except possibly against those who are habitually resident outside the Contracting States, and on no account may judgments based on the exercise of prohibited jurisdiction in a Contracting State be recognised in another Contracting State. The list of prohibited jurisdictions is therefore an important part of a "mixed convention".

13 The Special Commission has accepted the Working Group's conclusion that a "single convention" would not be useful. At first, the Special Commission proceeded on the basis that a closed "double convention" should be its goal, if that were possible. However, at its meeting in June 1999 the Commission decided that there should be some degree of flexibility permitted in the use of national law within limits. In consequence, Article 17 of the preliminary draft Convention completed by the Special Commission on 30 October 1999 permits the application of rules of jurisdiction under national law, subject to the rules relating to choice of court, protective jurisdiction, exclusive jurisdiction and the restrictions imposed on the exercise of jurisdiction to order protective and provisional measures, and provided that the exercise of jurisdiction is not prohibited by Article 18. Article 18(1) prohibits the exercise of jurisdiction in respect of a defendant who is habitually resident in a Contracting State if there is no substantial connection between that State and the dispute. Article 18(2) lists in a non-exhaustive manner certain bases for jurisdiction the exercise of which is prohibited. Article 24 excludes from recognition under Chapter III of the preliminary draft Convention judgments based on a ground of jurisdiction within the area of permitted national law, but does not exclude the possibility of recognition of such judgments under national law. Article 26 prohibits the recognition of judgments based on a ground of jurisdiction whose application is prohibited by Article 18 both pursuant to Chapter III and under national law.

14 There are therefore three kinds of jurisdiction under the preliminary draft Convention:

(1) a list of required jurisdictions whose judgments are entitled to recognition and enforcement in other Contracting States subject to conditions of due process, public policy and the need to avoid inconsistent judgments;

(2) a list of prohibited jurisdictions which may not be exercised and, if by any ill chance, a judgment is based upon any of them, such judgment shall not be recognised; and

(3) an undefined area, not falling within 1 and 2 above, where jurisdiction pursuant to national law may be exercised and where recognition likewise depends on the national law of the State addressed.

15 It will be obvious from a reading of the provisions that to some extent the preliminary draft Convention has borrowed from the Brussels and Lugano Conventions, including the recent amendments made to those Conventions. In its turn the preparation of the Brussels Convention was greatly influenced by the work of the Hague Conference on Private International Law in drafting the 1971 Enforcement Convention which was completed in 1966. The use of a list of prohibited jurisdictions which first appeared in Article 4 of the Protocol to what later became the 1971 Enforcement Convention is a very good example of this useful process of cross-fertilisation. In some instances the Special Commission was mindful of the jurisprudence of the European Court of Justice in the interpretation of the Brussels Convention, either as indicating what the Commission wished to achieve or as indicating what the Commission wished to avoid. In like manner, consideration was paid to the jurisprudence of national courts both within and outside the European Union.

16 However, the preliminary draft Convention differs in several fundamental aspects from the Brussels and Lugano Conventions: In the first place, as indicated earlier, the preliminary draft Convention is not a "closed double convention", but leaves room for the application of jurisdictions under national law, even as between Contracting States.

17 Secondly, and this flows logically from the first point, there is provision made in respect of prohibited jurisdictions which is not merely educational in purpose, but represents a real restraint on the exercise of jurisdiction under national law.

[6] Since under Art. 4 of both Conventions jurisdiction under national law (including "exorbitant jurisdiction") can be exercised in respect of persons domiciled outside Contracting States, the Conventions are not totally "closed".

[7] See "Conclusions of the Working Group meeting on enforcement of judgments", *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 257-263, Nos 3-5.

18 Troisièmement, comme on le verra plus en détail dans le commentaire de l'article 3, le règlement de la compétence dans l'avant-projet ne repose pas sur le principe général selon lequel la règle de compétence fondamentale est la règle attribuant compétence aux tribunaux du domicile du défendeur, impliquant que toutes les autres règles doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive. Au contraire, l'avant-projet part du principe qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les différentes compétences.

19 Quatrièmement, il est important de noter que l'avant-projet de Convention n'est pas destiné à un groupe d'États frontaliers, partageant les mêmes objectifs sociaux, politiques et économiques. Il est destiné à faire naître une Convention à vocation mondiale. Une telle différence peut s'observer notamment dans le fait que reste nécessaire un certain contrôle par le juge requis de l'exercice de sa compétence par le juge d'origine. Mais cette différence permet une plus grande perméabilité de l'avant-projet, ce qui conduit non seulement à des différences de vocabulaire, mais encore à une approche plus souple. Cette souplesse est illustrée, par exemple, par la flexibilité inhérente à la règle de l'article 21, relative à la litispendance, et par l'insertion de la règle de l'article 22, relative au refus d'exercer la compétence, cette seconde disposition étant absente de la Convention de Bruxelles, même dans sa version révisée.

20 Enfin, l'avant-projet de Convention ne pourra pas bénéficier d'une interprétation uniforme par un seul tribunal. Même si certaines dispositions viseront à encourager l'interprétation uniforme, les arbitres de la Convention seront en définitive les juges nationaux. De même, les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes ne seront pas nécessairement pertinents, même si la disposition appliquée est identique. Des références aux arrêts de la Cour de justice ou des juridictions nationales seront parfois faites dans ce Rapport, dans le but d'illustrer les questions et les problèmes abordés par la Commission spéciale. Mais, ce n'est que dans cette mesure qu'il peut être parfois utile de se référer à de telles décisions, en tant qu'elles ont servi de matériau pour le développement progressif de l'avant-projet de Convention.

COMMENTAIRE DE LA CONVENTION ARTICLE PAR ARTICLE

Préambule

21 Le préambule sera rédigé par la Session diplomatique.

CHAPITRE PREMIER — CHAMP D'APPLICATION DE LA CONVENTION

Article premier – Champ d'application matériel

Paragraphe 1

22 Le premier paragraphe définit le champ d'application matériel de la Convention. Il dispose que la Convention s'applique «en matière civile et commerciale». Les termes «civile ou commerciale» existent depuis fort longtemps dans les Conventions de La Haye. Ils sont apparus pour la première fois dans les articles premier, 5 et 17 de la *Convention du 14 novembre 1896 relative à la procédure* et ont rapidement donné lieu à une controverse, lorsqu'au cours de la Quatrième session (1904), certains ont voulu les supprimer, en alléguant que l'expression était trop restrictive[8]. Depuis lors, ces termes ont été utilisés dans de nombreuses autres Conventions de La Haye, tout particulièrement dans la *Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale* (la «Convention Notification»), et dans la *Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale* (la «Convention Obtention des preuves»). Les termes «civile et commerciale» sont aussi utilisés dans la Convention Exécution de 1971. La modification du «ou» en «et» n'implique pas de modification du sens de l'expression. Il n'est certainement pas nécessaire que la matière soit à la fois civile et commerciale: bien que les matières commerciales aient toujours un aspect civil, certaines matières civiles n'ont aucun aspect commercial.

23 Les Conventions Notification et Obtention des preuves ont été largement reçues à la fois dans les pays de tradition romano-germanique et dans les pays de *common law*. Le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique sont l'un et l'autre Parties à ces deux Conventions. Dans la tradition de la Conférence de La Haye, qui remonte à 1896, les termes «civile ou commerciale» n'ont été définis dans aucune des Conventions précédentes. De la même façon, les termes «civile et commerciale» n'ont pas non plus été définis dans le présent avant-projet de Convention. Dans les pays de tradition romano-germanique, l'expression «civile et commerciale» exclut les questions de droit public, même si la définition précise peut varier selon les pays[9]. Sur la question de la définition des termes «civile et commerciale» dans l'article premier de la Convention de Bruxelles, le Rapport Schlosser explique que ces termes ne sont pas des termes de l'art dans les pays de *common law* comme le Royaume-Uni ou la République d'Irlande, et qu'ils peuvent être interprétés de plusieurs manières[10]. Dans le sens le plus large, seules sont exclues les questions de droit pénal. Dans cette interprétation, sont en revanche incluses les questions de droit constitutionnel, de droit administratif, de droit fiscal, qui relèvent de la «matière civile»[11]. Il est clair que telle n'est pas l'intention des rédacteurs de l'avant-projet, qui, dans la seconde phrase du paragraphe 1, expliquent que les matières fiscales, douanières et administratives n'entrent pas dans la définition des «matières civiles et commerciales». Comme le fait apparaître l'utilisation du terme «notamment», l'énumération n'est pas exhaustive et comprend d'autres questions de droit public, comme les questions de droit constitutionnel. Mais l'étendue de la définition des termes «matières administratives» est toutefois un peu réduite par l'article 1(3), qui dispose clairement qu'une question ne relève pas automatiquement de la matière administrative du seul fait qu'un gouvernement ou une agence gouvernementale est partie au litige.

24 Du fait de cette clarification, il devrait être possible d'arriver à une interprétation autonome et uniforme des termes «civile et commerciale», ce qui est d'une grande importance, puisque, par définition, au moins deux États sont impliqués: l'État dans lequel la compétence a été exercée au départ, et l'État requis pour la reconnaissance ou l'exécution. Si aucune définition autonome n'est atteinte, trois voies sont possibles: (i) adopter les définitions de l'État d'origine; (ii) appliquer les définitions de l'État requis; (iii) appliquer cumulative-

[8] Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes*, 4e session, p. 84.

[9] R. Geimer et R.A. Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung*, Munich, C.H. Beck, 1983, Band I, para. 19, V et VI.

[10] P. Schlosser, Rapport sur la *Convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ainsi qu'au Protocole concernant son interprétation par la Cour de justice*, *JO* C 59 du 5.3.1979, p. 71 à 151, à la p. 83. Voir aussi G.B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3e éd., La Haye / Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 896.

[11] Pour l'application de la Convention Obtention des preuves: *Re State of Norway's Application* [1990] 1 AC 723.

18 Thirdly, as more fully explained in relation to Article 3 below, jurisdiction under the preliminary draft Convention does not proceed on the assumption that there exists a fundamental jurisdiction based on the domicile of the defendant with the result that all other jurisdictions must be seen as exceptions which must be narrowly interpreted. Instead the preliminary draft Convention proceeds on the basis that there is no hierarchy of jurisdictions.

19 Fourthly, it should be remembered throughout that the preliminary draft Convention is not designed for a group of contiguous States sharing similar social, economic and political objectives. It is intended as a worldwide Convention. This is reflected in important differences such as the need for a greater control by the court addressed over the exercise of jurisdiction in the court of origin. But it permeates the preliminary draft Convention in a general sense leading to a difference not only in terminology, but also in a more flexible approach. This is, for instance, illustrated in the greater flexibility permitted in Article 21 relating to *lis pendens* and the existence of a provision for declining jurisdiction in Article 22 which is lacking in the Brussels Convention even after its revision.

20 Finally, the preliminary draft Convention will not have the benefit of a uniform interpretation by a common court. Although it will contain provisions encouraging a uniform application, ultimately the highest national courts will be the arbiters of the Convention. Nor will the jurisprudence of the European Court of Justice be necessarily relevant, even where the provisions are similar. Reference will from time to time be made in this Report to decisions by the European Court of Justice and of other courts in order to illustrate the issues and problems the Special Commission had in mind. In that respect only may it sometimes be helpful to refer to those decisions as a matter of historical development of the preliminary draft Convention.

ARTICLE-BY-ARTICLE COMMENTARY ON THE CONVENTION

Preamble

21 The Preamble will have to be determined at the Diplomatic Session.

CHAPTER I – SCOPE OF THE CONVENTION

Article 1 – Substantive scope

Paragraph 1

22 The first paragraph defines the substantive scope of the Convention. As it states, the Convention applies to "civil and commercial matters". The term "civil or commercial matters" has a long history in Hague Conventions. The term appeared for the first time in Articles 1, 5 and 17 of the Convention of 14 November 1896 on Civil Procedure (*relative à la procédure*) and almost immediately attracted controversy when attempts were made during the Fourth Session in 1904 to delete it on the ground that it was too restrictive.[8] Since then the term has been used in a number of other Hague Conventions, most notably, the *Convention of 15 November 1965 on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters* (the "Service Convention") and the *Convention of 18 March 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* (the "Evidence Convention"). The term "civil and commercial" is also used in the 1971 Enforcement Convention. No substantive change should be implied from the use of the conjunctive "and" instead of the disjunctive "or". It certainly is not intended that the matter should have both a civil and a commercial character. While commercial matters will always have a civil character, there are civil matters which are not commercial.

23 The Service and Evidence Conventions have received widespread acceptance both in common law and civil law countries. The United States of America and the United Kingdom are each Parties to both Conventions. In accordance with the tradition of the Hague Conference dating back to 1896 the term "civil or commercial" has not been defined in any of the earlier Conventions. Nor has "civil and commercial" been defined in the present preliminary draft Convention. In civil law countries the term "civil and commercial" would exclude matters of public law, although the exact definition may vary from country to country.[9] As explained in the Schlosser Report with regard to the use of "civil and commercial" in Article 1 of the Brussels Convention, the expressions "civil matters" or "civil law" are not technical terms in common law countries such as England and the Republic of Ireland and can have more than one meaning.[10] In the widest sense they exclude only criminal law. On that basis, constitutional law, administrative law and tax law are included in the description of "civil matters".[11] This is clearly not the intention of the preliminary draft Convention which in the second sentence of paragraph 1 explains that matters of a revenue, customs or administrative nature are not to be regarded as falling within the scope of "civil and commercial matters". As indicated by the words "in particular", this enumeration is not exhaustive and includes other matters of public law such as constitutional matters. The scope of the term "administrative matters" is reduced to some extent by Article 1(3) which makes it clear that a matter is not necessarily of an administrative character because a government or governmental instrumentality is a party to the proceedings.

24 Because of this clarification, it should be possible to arrive at an autonomous and uniform interpretation of the term "civil and commercial" which is important since by definition at least two States will be involved: the State of original jurisdiction and the State which is addressed in seeking recognition or enforcement If there is no autonomous definition, the alternatives are: (i) to accept the definition of the State of origin; (ii) to apply the definition of the State addressed; and

[8] See Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes*, 4e session, at p. 84.

[9] See R. Geimer and R.A. Schütze, *Internationale Urteilsanerkennung*, Munich, C.H. Beck, 1983, Band I, §19, V and VI.

[10] P. Schlosser, Report on the *Convention of 9 October 1978 on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice*, *OJ* C 59, 5.3.1979, pp. 71-151, at p. 83. See also, G.B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts*, 3rd ed., The Hague / Boston, Kluwer Law International, 1996, at p. 896.

[11] See, in relation to the Evidence Convention: *Re State of Norway's Application* [1990] 1 *AC* 723.

ment les deux définitions, en vérifiant que le litige en cause entre bien dans la définition retenue par chacun des États[12].

25 Les principes directeurs en matière d'interprétation des termes « civile ou commerciale » dans les Conventions Notification et Obtention des preuves ont été analysés par une Commission spéciale réunie en 1989. Cette Commission a adopté les conclusions suivantes sur la question du « domaine matériel des deux Conventions » :

« a La Commission souhaite que l'expression 'matière civile ou commerciale' reçoive une interprétation autonome, sans qu'une référence exclusive soit faite soit à la loi de l'État requérant, soit à la loi de l'État requis, soit aux deux cumulativement.

b Dans la 'zone grise' des matières qui se situent entre le droit privé et le droit public, l'évolution historique devrait amener à une ouverture plus large de la notion 'civile ou commerciale'; il est notamment admis que le droit de la faillite, le droit des assurances et le droit du travail puissent tomber sous la notion 'civile ou commerciale'.

c Par contre, en ce qui concerne d'autres matières considérées par la plupart des États comme de droit public, par exemple le droit fiscal, cette évolution ne semble pas pour l'instant conduire à les inclure dans le champ d'application des Conventions.

d Cependant, rien n'empêche des États parties d'appliquer entre eux les deux Conventions à des matières de droit public, mais pas nécessairement d'une manière identique pour les deux Conventions. »[13]

26 Il est évident que les trois premières conclusions au moins sont directement pertinentes pour l'interprétation des termes « matière civile et commerciale » pour l'avant-projet de Convention.

27 Il faut remarquer que le champ d'application de l'avant-projet de Convention est défini par référence aux « matières » et non aux « juridictions ». Par conséquent, la qualification de civile et commerciale doit dépendre de la nature du litige et non pas de la nature du tribunal saisi, qu'il soit civil, pénal ou administratif. En particulier, une action civile en dommages et intérêts introduite par la victime ou en son nom en même temps que l'action pénale ne doit pas se voir refuser la qualification de matière civile[14]. De la même façon, le fait que les dommages et intérêts accordés soient des dommages et intérêts punitifs n'empêche pas le litige d'être rendu en matière civile ou commerciale, pour autant que le bénéfice de ces dommages et intérêts aille au demandeur et non à l'État[15]. L'article 1(3), qui sera discuté *infra*, montre aussi que le fait qu'un gouvernement ou une agence gouvernementale est partie au litige n'a pas de conséquence nécessaire sur le caractère civil ou commercial de l'affaire, même si, en application de la loi de certains États, la participation d'une autorité gouvernementale peut être suffisante pour qualifier la procédure d'administrative.

28 Un consensus s'est dégagé au sein de la Commission spéciale pour que l'application de la Convention soit limitée aux procédures « judiciaires », c'est-à-dire se déroulant devant les organes exerçant le pouvoir judiciaire de l'État. Cette solution apparaît dans la définition du champ d'application territorial posée par l'article 2 et dans la définition du terme « jugement », posée par l'article 23. La Convention s'appliquera aux tribunaux de tout niveau.

Paragraphe 2

29 Le deuxième paragraphe exclut du champ d'application de la Convention certaines questions, malgré leur nature civile ou commerciale. L'exclusion est parfois justifiée par le fait que la question est déjà réglée par une convention internationale, Convention de la Conférence de La Haye, comme pour la plupart des questions de droit de la famille, ou Convention des Nations Unies, comme pour l'arbitrage commercial. D'autres questions sont exclues parce qu'elles sont très spécifiques, comme en matière de faillite ou en matière maritime, et sont plus adéquatement réglées par des textes spéciaux, ou sont trop liées aux problèmes de droit public, comme les questions de sécurité sociale.

Lettre a)

30 Cette disposition exclut l'état et la capacité des personnes physiques. L'intention de la Commission spéciale était d'exclure d'une façon générale toutes les questions de droit de la famille du champ d'application de la Convention, du fait, tout spécialement, des nombreuses Conventions de La Haye qui sont déjà en vigueur en ces matières[16]. À la lumière de cet objectif, les termes « état et capacité des personnes » doivent être interprétés largement, même si cette interprétation est plus large que celle qui est reçue dans certains systèmes nationaux. Il ne fait pas de doute que les actions relatives à la validité ou la nullité des mariages et des séparations légales, à la dissolution et l'annulation des mariages, relatives à la formation ou aux limites de la personnalité juridique, les déclarations ou présomptions relatives au décès d'une personne, la paternité ou la filiation, ou encore les actions concernant le nom d'une personne ou l'adoption d'un enfant, toutes ces questions relèvent du statut des personnes et sont, par conséquent, exclues[17]. Sont aussi exclues les actions relatives à l'état et à la capacité des mineurs et des personnes physiquement ou intellectuellement incapables de conclure un acte juridique, comme un contrat ou un testament. De façon moins évidente, au moins pour les pays de *common law*, sont exclues toutes les actions qui concernent l'entretien, la garde, le contrôle et le droit de visite concernant un enfant, que l'action soit ou non liée à un divorce, que les parents soient ou non

[12] J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 3e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, para. 60.2.4. L'application cumulative a été mise en œuvre par la Chambre des Lords dans la décision *Re State of Norway's Application* [1990] 1 AC 723. Voir aussi, sur la Convention Obtention des preuves, l'analyse similaire faite par le *Hoge Raad*: HR, 21 février 1986, *NIPR* 1986 NO 337; *NJ* 1987 149, dont un résumé figure dans: M. Sumampouw (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome IV, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, 113.

[13] *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Notification de La Haye*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1992, p. 34.

[14] Pour des exemples de dispositions nationales pertinentes, voir J.A. Jolowicz, *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Torts, Tübingen, Mohr, 1983, ch. 13, *Procedural Questions*, s. 5. Les tribunaux de *common law* ont accepté ce type de demande, indépendamment de la Convention: *Raulin c. Fischer* [1911] 2 KB 93. Toutefois, le tribunal qui accorde les dommages et intérêts doit avoir statué sur le fondement d'un chef de compétence qui ouvre au jugement la voie de la reconnaissance sur le fondement du chapitre III de la Convention (comp. art. 5 (4) de la Convention de Bruxelles).

[15] Sur l'application de la Convention Notification, voir la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 7 décembre 1994 – 1 *BvR* 1249/94; NJW 1995, 649; RIW 1995, 320, dont un résumé figure dans: M. Sumampouw (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome V, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1996, 359. Adde: OLG München, 9 mai 1989; 9VA 3/89; *IPRax* 1990. 175, note R. Stürner dont un résumé figure dans M. Sumampouw (dir.) (*ibid.*), 352. Adde: *infra* art. 32(1).

[16] *Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants*; *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants*; *Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs*; *Convention du 15 novembre 1965 concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption*; *Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps*; *Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires*; *Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires*; *Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux*; *Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages*; *Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*; *Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*; *Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*; *Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes*. Toutes ces Conventions, à l'exception des deux dernières, sont en vigueur.

[17] Voir C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5), § 4 III 2 (a), p. 367.

(iii) to apply a cumulative test requiring the proceedings in question to meet the definitions of each State.[12]

25 The principles to be followed in interpreting the words "civil or commercial" in the Service and Evidence Conventions were considered by a Special Commission convened in 1989. It adopted the following Conclusions concerning the "scope of the two Conventions as to their subject-matter":

> "a The Commission considered it desirable that the words 'civil or commercial matters' should be interpreted in an autonomous manner, without reference exclusively either to the law of the requesting State or to the law of the requested State, or to both laws cumulatively.
>
> b In the 'grey area' between private and public law, the historical evolution would suggest the possibility of a more liberal interpretation of these words. In particular, it was accepted that matters such as bankruptcy, insurance and employment might fall within the scope of this concept.
>
> c In contrast, other matters considered by most of the States to fall within public law, for example tax matters, would not yet seem to be covered by the Conventions as a result of this evolution.
>
> d However, nothing prevents States Party from applying the Conventions in their mutual relations to matters of public law, though not necessarily in an identical manner for both Conventions."[13]

26 It is obvious that at least the first three of these Conclusions have a direct relevance to the interpretation of the term "civil and commercial matters" in the preliminary draft Convention.

27 It should be noted that the scope of the preliminary draft Convention is defined in terms of "matters", not "courts". Consequently, the characterisation of the matter as civil and commercial should depend on the nature of the claim and not necessarily on the character of the court in which the action was brought, be it civil, commercial, penal or administrative. In particular, civil claims for compensation for victims of crime brought by them or on their behalf in conjunction with criminal proceedings should not for that reason be denied a civil character.[14] Likewise, the fact that the damages awarded are exemplary or punitive does not deprive the proceedings of a civil or commercial character, as long as the benefit of those damages goes to the plaintiff and not to the State.[15] Article 1(3), which will be discussed below, also indicates that the fact that a government or government instrumentality is a party to the dispute does not by itself deprive that dispute from a civil or commercial character, even though under the law of some States the participation of a governmental body may be sufficient to give the proceedings an administrative character.

28 There was a consensus in the Special Commission that the application of the Convention should be confined to proceedings in "courts", that is to say, bodies exercising the judicial power of the State. This appears from the definition of the territorial scope in Article 2 and of "judgment" in Article 23. The Convention will apply to courts at all levels of jurisdiction.

Paragraph 2

29 The second paragraph excludes from the scope of the Convention certain other matters despite their civil or commercial nature. They are excluded either because they are dealt with by other Conventions, be they those of the Hague Conference, such as most family law issues, or of the United Nations, such as commercial arbitration. Other matters are excluded because they may be seen as very specialised, such as insolvency or maritime matters, and best dealt with by specific international arrangements, or as closely intertwined with issues of public law, such as social security.

Sub-paragraph a)

30 This sub-paragraph excludes the status and legal capacity of natural persons. It was the intention of the Special Commission that family law matters should be generally excluded from the scope of the Convention, particularly in view of the many Hague Conventions already operating in this area.[16] In the light of this policy the words "status and legal capacity" should be interpreted broadly even if this has a wider effect than may be immediately obvious under some legal systems. There will be little doubt that actions for the validity, voidability and nullity of marriages and legal separations, the dissolution and annulment of marriages, concerning the beginning and end of legal personality, the declaration or presumption of the death of a person, paternity and affiliation, concerning the name of a person and the adoption of children, all raise matters of status and are hence excluded.[17] So, too, are proceedings affecting the status and capacity of minors and of mentally or physically incapable persons to enter into legal transactions such as contracts or the making of wills. Less obvious, at least in common law jurisdictions, is the exclusion of proceedings concerning the care, custody and control of, and access to, children whether as part of divorce or other proceedings,

[12] See J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 3rd ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, §60 II.4. The cumulative test was applied by the House of Lords in *Re State of Norway's Application* [1990] 1 *AC* 723. See the similar comments in relation to the Evidence Convention made by the Netherlands *Hoge Raad* in HR, 21 February 1986, *NIPR* 1986 No 337; *NJ* 1987 149, abstracted in M. Sumampouw (ed.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tome IV, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 113.

[13] *Practical Handbook on the Operation of the Hague Service Convention*, 2nd ed., Montreal, Wilson & Lafleur Ltée, 1992, at p. 30.

[14] For examples of relevant provisions in national laws, see J.A. Jolowicz, *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Torts, Tübingen, Mohr, 1983, Ch. 13, Procedural Questions, s. 5. Even apart from the Convention common law courts have recognised such orders for compensation: *Raulin v. Fischer* [1911] 2 *KB* 93. The court awarding compensation, however, must have exercised jurisdiction in circumstances which entitle the judgment to recognition under Chapter III of the Convention (contrast Brussels Convention Art. 5 (4)).

[15] See in relation to the Service Convention the decision of the German Constitutional Court of 7 December 1994 – 1 *BvR* 1249/94; NJW 1995, 649; RIW 1995, 320, abstracted in M. Sumampouw (ed.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tome V, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1996, at p. 359. See also: OLG München of 9 May 1989; 9VA 3/89; *IPRax* 1990, 175 note by R. Stürner, abstracted in M. Sumampouw (ed.) (*ibid.*), at p. 352. See further, Art. 32(1) *infra*.

[16] See: Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children; Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children; Convention of 5 October 1961 concerning the powers of authorities and the law applicable in respect of the protection of minors; *Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions*; *Convention of 1 June 1970 on the Recognition of Divorces and Legal Separations*; *Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*; *Convention of 2 October 1973 on the Law Applicable to Maintenance Obligations*; *Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes*; *Convention of 14 March 1978 on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*; *Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*; *Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*; *Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*; *Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults*. All but the last two Conventions are in force.

[17] See C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5), §4 III.2(a) at p. 367.

mariés[18]. Quoi qu'il en soit, les experts des pays de tradition romano-germanique ont considéré que ces questions seraient exclues du fait de cette formulation, et qu'une telle exclusion était en accord avec la politique générale décrite ci-dessus.

31 Il faut souligner que l'exclusion ne s'applique qu'aux actions qui ont pour objet principal l'une des matières exclues. Il ne doit pas être possible d'exclure l'application de la Convention en soulevant simplement un problème de nullité d'un mariage ou l'incapacité d'un mineur à titre de question incidente. De plus, l'exclusion ne concerne que l'état et la capacité des personnes physiques. Les questions de statut et de validité des personnes morales et de la compétence de leurs organes entrent dans le champ d'application de la Convention[19].

Lettre b)

32 Cette disposition exclut les obligations alimentaires du champ d'application de la Convention. Cette question a déjà fait l'objet de plusieurs Conventions de La Haye et pourrait être à nouveau remise sur le programme de ces prochaines années. Dans la mesure où tant les questions d'obligations alimentaires que celles de régimes matrimoniaux sont exclues du champ d'application de la Convention, les problèmes liés à la détermination d'une frontière exacte entre les deux, qui se sont posés dans le cadre de la mise en œuvre d'autres Conventions, ne se poseront pas ici[20].

Lettre c)

33 Cette disposition exclut du champ d'application de la Convention les régimes matrimoniaux et les autres effets du mariage ou de relations analogues. Bien que les termes « régimes matrimoniaux » soient communément utilisés dans la plupart des pays de tradition romano-germanique et dans quelques pays de *common law* pour décrire les différentes formes d'organisation de la propriété commune des biens des époux, les termes s'appliquent aussi aux systèmes de séparation de biens, qui sont la norme dans la plupart des pays de *common law*[21]. La disposition concerne tous les droits de propriété qui peuvent naître pour les époux du fait de leur statut matrimonial, y compris les droits relatifs à la résidence matrimoniale, qui font l'objet de dispositions spécifiques dans de nombreux pays. L'addition des termes « et les autres effets du mariage » vise à expliciter le fait que les demandes relatives à la redistribution de la propriété entre les époux du fait de leur relation maritale qui peut exister du fait de droit non écrit, de principes d'équité, ou de la loi, sont aussi exclues de la Convention.

34 Dans un nombre de plus en plus important de pays, des dispositions spécifiques sont adoptées concernant les droits de propriété des concubins (personnes de sexes opposés qui cohabitent en dehors du mariage) ou des partenaires de même sexe dans le cadre d'un partenariat enregistré[22]. Souvent, ces droits ressemblent à ceux qui existent entre personnes mariées voire les copient purement et simplement. Les termes « ou de relations analogues » ont été ajoutés pour que l'exclusion de ces droits et obligations du champ d'application de la Convention ne fasse pas de doute[23].

35 Quelle que soit la position adoptée sur ces questions, il doit en tout cas être clair que des demandes en justice ne sont pas nécessairement exclues uniquement parce qu'elles sont liées à un mariage ou à une relation analogue au mariage. Une action purement contractuelle ou délictuelle ou une action relative à un droit de propriété n'est pas exclue de la Convention sous prétexte qu'elle naît entre un mari et une femme. Une telle action n'entrerait pas dans la disposition de la lettre *c)*.

Lettre d)

36 Cette disposition exclut les testaments et successions du champ d'application de la Convention. Ici encore, il s'agit d'une matière que la Conférence de La Haye a déjà eu l'occasion d'aborder par le passé[24]. Bien que l'utilisation du terme « testaments » puisse semb ler superflu à certains, il permet de rendre explicite l'exclusion de la Convention des questions de validité formelle ou matérielle de toutes les dispositions prises par une personne en prévision de son décès. Pour les besoins de la *Convention de La Haye du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort*, son Rapporteur a proposé une définition du terme « succession » qui était la suivante :

> « Aux fins de la Convention, il semble que soient inclus : 1) une 'disposition à cause de mort' [...], c'est-à-dire un acte volontaire de transfert, que ce soit sous forme testamentaire ou sous celle d'un pacte successoral, et 2) le transfert de propriété à cause de mort résultant de la loi quand : *a)* il n'y a pas d'acte volontaire de ce genre ou *b)* l'acte volontaire est totalement ou partiellement invalide ou *c)* la loi oblige à distribuer aux membres de la famille les biens appartenant au défunt. »[25]

37 Cette définition est utile pour saisir l'essence du concept de succession dans l'avant-projet de Convention. Il y a d'autres matières couvertes par ce terme, notamment les « attributions prélevées sur la succession par une autorité judiciaire ou par une autre autorité au profit de personnes proches du défunt »[26] qu'elles soient ou non membres de la famille. En ce qui concerne les trusts créés par voie testamentaire, tous les litiges relatifs à la validité ou l'interprétation du testament instituant le trust sont exclus de la Convention. Toutefois, les litiges relatifs aux effets, à l'administration ou à la détermination des droits au sein du trust entre *trustee* et bénéficiaire[27], ou encore les litiges entre les administrateurs du trust et les tiers entrent dans le champ d'application de la Convention. Mais les questions qui peuvent naître du fait du décès d'une personne ne sont pas toutes considérées comme des questions de successions. On peut citer en exemple la *joint tenancy* du droit des pays de *common law*, où le codétenteur survivant devient automatiquement titulaire de l'ensemble des droits, ou encore la *life tenancy* ou l'usufruit, qui sont éteints par le décès du bénéficiaire. Les litiges relatifs à ces droits ne sont pas exclus de la Convention.

[18] Comp. l'analyse par P. Schlosser (*op. cit.* note 10), p. 89, de la formule similaire utilisée par l'art. 1, para. 1, de la Convention de Bruxelles.
[19] Voir infra art. 12(2).
[20] Voir par exemple, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, *De Cavel c. De Cavel* (No 2), *Rec.* 1980, p. 731.
[21] Voir le Rapport de la Commission spéciale établi par M. Alfred E. von Overbeck, *Actes et documents de la Treizième session (1976)*, tome II, *Régimes matrimoniaux*, p. 138 à 178, à la p. 138, § 1.
[22] Pour une vue d'ensemble sur les lois en matière de concubinage en 1986, voir P. Striewe, *Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Cologne, C. Heymanns, 1986. Pour une étude récente des partenariats enregistrés, voir C. Forder et S.H. Lombardo, *Civil Law Aspects of Emerging Forms of Registered Partnerships*, La Haye, Ministère de la Justice, 1999. Dans certains pays, les dispositions sur le concubinage ont été étendues pour inclure les relations entre personnes du même sexe, par exemple De Facto Relationships Amendment Act 1999 (NSW – Australie).
[23] Comp. l'addition des termes « ou d'une relation analogue » dans l'art. 4(1) *c)* de la Convention Protection des enfants de 1996.
[24] *Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires* ; *Convention du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions* ; *Convention du premier août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort* (qui n'est pas encore en vigueur).
[25] D.W.M. Waters, Rapport explicatif sur la Convention Successions de 1989, *Actes et documents de la Seizième session (1988)*, tome II, *Successions – loi applicable*, p. 526 à 616, à la p. 536, No 28.
[26] Convention Successions de 1989, art. 7(2) *a)*.
[27] Voir *infra* art. 11(1).

and whether or not the parents are married to each other.[18] Nevertheless, it was the view of experts from civil law jurisdictions that these matters would be excluded under this heading and this will be in accordance with the general policy referred to above.

31 It should be stressed that the exclusion only applies to proceedings which have as their main object one of the excluded matters. It should not be possible to exclude the application of the Convention merely by raising the validity of a marriage or the capacity of a minor to enter into a contract as an incidental matter. Furthermore, the exclusion only relates to the status and capacity of individual persons. Issues affecting the status and validity of legal persons and the competence of their organs fall within the scope of the Convention.[19]

Sub-paragraph b)

32 This sub-paragraph excludes maintenance obligations from the scope of the Convention. The topic has been the subject of several Hague Conventions and may be studied again in the next quadrennium. Because both maintenance obligations and matrimonial property claims are excluded from the scope of the Convention, the problems of drawing an exact boundary between them which has arisen in relation to other Conventions will not be relevant here.[20]

Sub-paragraph c)

33 This sub-paragraph excludes matrimonial property regimes and other rights and obligations arising out of marriage or similar relationships from the scope of the Convention. Although the term "matrimonial property regime" is commonly associated with the various forms of community property found in most civil law, and in some common law, systems, the description is equally applicable to the system of separate property of the spouses which is the norm in most common law countries.[21] It refers to the rights in property which the spouses may have as a result of the matrimonial relationship, including rights in respect of the matrimonial residence provided for under the law of many countries. The addition of the words "and other rights and obligations arising out of marriage" makes it clear that claims for the adjustment of property rights between spouses as a result of their marital relationship which may arise either by virtue of the unwritten law or principles of equity, or by authority of a statute, are also excluded from the Convention.

34 In an increasing number of countries provision is made with respect to the property rights of cohabitees (persons of the opposite sex who cohabit without marriage) and with respect to registered partnerships between persons of the same sex.[22] Often those rights approximate, or even assimilate, those existing between married persons. The words "or similar relationships" have been added to make it clear that those rights and obligations are also excluded from the scope of the Convention.[23]

35 Whatever view is taken, it must be clear that claims are not necessarily excluded merely because they arise between parties to a marriage or marriage-like relationship. A claim arising under the general law of contract, tort or delict, or property is not excluded because it is made in a dispute between husband and wife. Such a claim does not fall within the description of the sub-paragraph.

Sub-paragraph d)

36 This sub-paragraph excludes wills and succession from the scope of the Convention. Again this is an area where the Hague Conference has been active in the past.[24] Although the use of the word "wills" may be seen by some as superfluous, its use clarifies that matters concerning the form and material validity of dispositions upon death are excluded from the Convention. For the purposes of the *Hague Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons*, its Reporter put forward a definition of the term "succession", as follows:

> "For the purposes of the Convention it would appear to include (1) a 'disposition of property upon death' [...], *i.e.*, a voluntary act of transfer whether in testamentary form or that of an agreement as to succession, and (2) the transfer of property upon death that occurs by provision of law, when (a) there is no such voluntary act, or (b) the voluntary act is wholly or partly invalid, or (c) the law compels the distribution of assets belonging to the deceased to family members."[25]

37 This definition will be useful in indicating the core of the concept in the preliminary draft Convention. Other matters covered by the term are "provision by a court or other authority out of the estate of the deceased in favour of persons close to the deceased"[26] whether family members or not. In relation to trusts created by testamentary disposition, disputes concerning the validity and interpretation of the will creating the trust are excluded from the Convention. Subject to this, however, proceedings concerning the effects, administration or variation of the trust between trustees and beneficiaries,[27] or disputes between the administrators of the trust and third parties, are included within the scope of the Convention. Not all dispositions which are conditioned upon the death of a person fall within the scope of succession rights. Examples are the common law institution of joint tenancy where the survivor of the joint tenants automatically has the entire interest vested in him or her, or the life tenancy or usufruct which terminates upon death of the beneficiary. Disputes concerning those rights are not excluded from the Convention.

[18] Compare the discussion by P. Schlosser (*op. cit.* note 10), at p. 89, of the similar formula in Art. 1, para. 1, of the Brussels Convention.
[19] See Art. 12(2) *infra*.
[20] See, *e.g.*, *De Cavel v. De Cavel* (No2) [1980] *ECR*, p. 731 in relation to the Brussels Convention.
[21] See the Report of the Special Commission by Alfred E. von Overbeck, *Actes et documents de la Treizième session (1976)*, Tome II, *Matrimonial property regimes*, pp. 138-178, at p. 138, §1.
[22] For a thorough overview of cohabitation laws as at 1986, see P. Striewe, *Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Cologne, C. Heymanns, 1986. For a recent review of registered partnership laws, see C. Forder and S.H. Lombardo, *Civil Law Aspects of Emerging Forms of Registered Partnerships*, The Hague, Ministry of Justice, 1999. In some countries the cohabitation legislation has been extended to include same sex relationships, see, *e.g.*, De Facto Relationships Amendment Act 1999 (NSW – Australia).
[23] Compare the addition of the words "or any similar relationship" in Art. 4(1) *c)* of the 1996 Child Protection Convention.
[24] See *Convention of 5 October 1961 on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions*; *Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons*; *Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons* (not yet in force).
[25] D.W.M. Waters, Explanatory Report on the 1989 Succession to Estates Convention, *Proceedings of the Sixteenth Session (1988)*, Tome II, *Succession to estates – applicable law*, pp. 527-617, at p. 537, No 28.
[26] See the 1989 Succession to Estates Convention, Art. 7(2) *a)*.
[27] See Art. 11(1) *infra*.

Lettre e)

38 Cette disposition exclut l'insolvabilité, les concordats et procédures analogues du champ d'application de la Convention. Le terme « insolvabilité » recouvre, bien évidemment, à la fois les procédures collectives engagées contre un particulier et les procédures de redressement ou de liquidation engagées contre une entreprise en état de cessation des paiements, dans les pays qui distinguent encore ces deux types de procédures. Il importe peu que la procédure soit ouverte ou diligentée par les créanciers ou par la personne insolvable elle-même, ou que la procédure soit ou non judiciaire. Le terme « insolvabilité » ne recouvre pas le redressement ou la liquidation des entreprises qui serait fondée sur d'autres motifs que l'insolvabilité.

39 Le terme « concordat » renvoie à la procédure par laquelle le débiteur peut passer un accord avec ses créanciers instituant un moratoire pour le paiement des dettes, ou par lequel il est déchargé de ces dettes. Les termes « procédures analogues » englobent toutes les procédures par lesquelles une personne ou une entreprise insolvable peut faire l'objet d'une assistance pour revenir à meilleure fortune sans cesser d'exercer leur activité commerciale, telles les procédures prévues au chapitre 11 du *Federal Bankruptcy Code* des États-Unis d'Amérique ou la deuxième partie de l'*Insolvency Act* 1986 du Royaume-Uni.

Lettre f)

40 Dans de nombreux pays, les lois relatives à la sécurité sociale sont analysées comme des lois de droit public, et pour cette raison, sont exclues du champ d'application de la Convention. Mais, dans la mesure où la sécurité sociale peut aussi être analysée comme appartenant au droit privé, elle fait l'objet d'une exclusion expresse.

Lettre g)

41 Cette disposition exclut l'arbitrage et les procédures y afférentes du champ d'application de la Convention. Un large accord s'est dessiné au sein de la Commission spéciale pour que la Convention ne puisse interférer avec la mise en œuvre des Conventions internationales sur ce sujet, la plus importante étant la *Convention des Nations Unies sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales*, adoptée à New York le 10 juin 1958. Un débat a toutefois eu lieu au sein de la Commission spéciale sur la question de savoir comment la Convention pourrait traiter les questions liées à l'interaction d'une procédure judiciaire et d'une procédure arbitrale. Quoi qu'il en soit, l'inclusion des termes « et des procédures y afférentes » indique que l'exclusion de l'arbitrage doit être entendue en son sens le plus large. Non seulement la Convention ne s'applique pas à la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, mais elle ne s'applique pas non plus aux litiges portant sur des questions suivantes : la désignation des arbitres, la validité de la clause compromissoire, les questions de droit soumises à un tribunal en marge d'une procédure arbitrale ou tout autre litige par lequel une juridiction apporte une aide à une procédure arbitrale.

Lettre h)

42 Cette disposition exclut les matières maritimes du champ d'application de la Convention. Bien qu'il n'existe pas dans le texte français d'équivalent pour le terme anglais « *admiralty* », il est sous-entendu que l'expression française « les matières maritimes » recou vre la notion d'« *admiralty* » connue du droit anglo-américain. En raison de la nature très spécifique de ces questions et du fait que tous les États ne sont pas Parties aux Conventions internationales applicables, la Commission a décidé d'exclure ce sujet du champ d'application de la Convention. Par conséquent, la Convention ne s'appliquera pas aux litiges impliquant des navires, des cargaisons ou l'emploi de gens de mer, y compris les litiges relatifs à l'état défectueux du navire ou de sa conduite, ou bien relatifs à un contrat de location de navire, à un transport de marchandises ou à un passager du navire[28]. Ces matières sont régies par le droit commun de l'État dont les tribunaux sont saisis ou, le cas échéant, les Conventions internationales spéciales auxquelles cet État pourrait être Partie.

Paragraphe 3

43 Ce paragraphe vise à rendre plus clairs les termes « matière civile et commerciale ». La qualification d'un litige ne peut pas dépendre simplement du fait qu'un gouvernement, une agence gouvernementale ou toute autre personne agissant pour le compte de l'État y est partie. Lors de la réunion de la Commission spéciale d'octobre 1999, une délégation, dans le Document de travail No 286, a expliqué que, selon elle, la Convention avait vocation à s'appliquer dans les litiges impliquant l'État, si le litige en cause réunissait les conditions essentielles suivantes :

– les faits sur lesquels est fondée la demande sont des faits qu'une personne privée aurait pu commettre ;

– le dommage invoqué est un dommage qu'une personne privée aurait pu subir ;

– la réparation recherchée aurait pu être demandée par une personne privée visant à obtenir dédommagement pour un préjudice identique, résultant des mêmes faits.

44 Bien qu'il soit vain de vouloir définir exhaustivement les limites exactes de cette question, il nous semble effectivement que les critères proposés sont bien les critères essentiels pour définir dans quelles conditions un litige impliquant un État peut être analysé comme un litige en « matière civile et commerciale ». Comme on l'a vu, la qualification de « matière civile et commerciale » n'est pas affectée par la nature du tribunal saisi, même si ce tribunal est pénal ou administratif.

45 À l'inverse, par opposition aux litiges liés aux obligations nées d'un contrat ou aux obligations imposées par la loi, comme en matière délictuelle, les actions entamées par ou contre des États visant à appliquer ou à empêcher la violation d'une réglementation administrative ne sont évidemment pas considérées comme des actions « en matière civile et commerciale ». Toutefois, ceci n'exclut pas la possibilité qu'une demande en matière civile et commerciale soit soulevée à l'occasion d'un litige de nature administrative, comme par exemple une demande en réparation d'un consommateur soulevée à l'occasion d'un litige diligenté par l'État et visant à sanctionner ou à interdire une pratique illégale de la part d'un professionnel. Une telle situation est analogue à celle, déjà envisagée, de l'action civile liée à un procès pénal.

Paragraphe 4

46 Certaines inquiétudes ont pu être soulevées au cours de la Commission spéciale, liées au risque que le paragraphe 3 puisse être interprété de telle sorte qu'il affecterait les privilèges et immunités étatiques reconnus en droit national ou international. Telle n'était certainement pas l'intention des rédacteurs du paragraphe 3, qui souhaitaient simplement rendre sans consé-

[28] Voir Supreme Court Act 1981 (Royaume-Uni), s. 20 et, aux États-Unis d'Amérique, *Carnival Cruise Lines c. Shute* 499 US 585 (1991).

Sub-paragraph e)

38 This sub-paragraph excludes insolvency, composition or analogous proceedings from the scope of the Convention. The term "insolvency" covers, of course, both the bankruptcy of individual persons as well as the winding-up or liquidation of corporate entities which are insolvent, in those countries which still distinguish between those processes. It does not matter whether the process is initiated or carried out by creditors or by the insolvent person or entity itself with or without the involvement of a court. The term "insolvency" does not cover the winding-up or liquidation of corporate entities for reasons other than insolvency.

39 The term "composition" refers to procedures whereby the debtor may enter into agreements with creditors in respect of a moratorium on the payment of debts or on the discharge of those debts. The term "analogous proceedings" covers a broad range of other methods whereby insolvent persons or entities can be assisted to regain solvency while continuing to trade, such as Chapter 11 of the United States Federal Bankruptcy Code and Part II of the United Kingdom Insolvency Act 1986.

Sub-paragraph f)

40 In many countries the law relating to social security would normally be regarded as part of administrative law and for that reason alone as falling outside the scope of the Convention. But in so far as social security may be viewed as being of a private law nature, it is also excluded.

Sub-paragraph g)

41 This sub-paragraph excludes arbitration and proceedings related thereto from the scope of the Convention. There was general agreement in the Special Commission that the Convention should not interfere with the operation of international Conventions on the subject, the most important of which is the *United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* adopted in New York on 10 June 1958. There was some discussion in the Special Commission as to how the Convention should deal with the interaction between arbitration and judicial proceedings. However, the addition of the words "and proceedings related thereto" means that the exclusion of arbitral proceedings must be interpreted in the widest sense. Not only does the Convention not apply to the enforcement of arbitral awards but any proceedings relating to such matters as the appointment of arbitrators, the validity of the arbitral clause, points of law referred to a court in the course of arbitration and any other proceedings whereby a court may give assistance to the arbitral process are also excluded.

Sub-paragraph h)

42 This sub-paragraph excludes admiralty or maritime matters from the scope of the Convention. Although no equivalent term to "admiralty" appears in the French text, it is understood that the words "*les matières maritimes*" include what in Anglo-American law is known as "admiralty". Because of the highly specialised nature of the subject and the fact that not all States have adopted the relevant international Conventions, the Commission decided to exclude the subject from the scope of the Convention. The effect is that the Convention will not apply to claims arising in relation to ships, cargoes and the employment of seamen, including claims arising out of the defective condition or operation of a ship or arising out of a contract for the hire of a ship, or for the carriage of goods or passengers on a ship.[28] These matters will be governed by national law of the State whose court is seised, including any international Convention to which that State is a Party.

Paragraph 3

43 This paragraph further clarifies the meaning of "civil and commercial matters". The characterisation of the claim cannot be made to depend merely on whether a government, a governmental agency or any other person acting for the State is a party. One delegation at the Special Commission meeting of October 1999, in Working Document No 286, stated as its understanding that the Convention will apply to disputes involving government parties, if the dispute contains the following core criteria:

– the conduct upon which the claim is based is conduct in which a private person can engage;

– the injury alleged is injury which can be sustained by a private person;

– the relief requested is of a type available to private persons seeking a remedy for the same injury as the result of the same conduct.

44 Although the exact limits can never be exhaustively defined, we agree that these are the core criteria for determining whether a dispute involving government parties falls within the scope of "civil and commercial matters". As indicated earlier, the quality of "civil and commercial" is not affected by the nature of the court in which the action is brought, be it a criminal or an administrative court.

45 Conversely, actions which are brought by or against governmental bodies which seek to enforce compliance or to prevent non-compliance with public regulations, as opposed to obligations arising from a contractual relationship or other obligations imposed by the general law of tort or delict, are obviously not within the scope of "civil and commercial matters". However, this does not exclude the possibility that a claim which is of a civil or commercial nature may arise in conjunction with a claim of an administrative nature, such as a claim for restitution sought for injured consumers in a governmental proceeding which also seeks an order prohibiting the wrongful conduct. This would be analogous to the joining of a civil claim in a criminal prosecution which has been discussed above.

Paragraph 4

46 Concerns were expressed in the Special Commission that paragraph 3 could be interpreted as affecting any claims to governmental immunities or privileges which might be asserted under national or international law. This was certainly not the intention behind paragraph 3, which only excludes the

[28] See Supreme Court Act 1981 (United Kingdom) s. 20, and in the United States of America, *Carnival Cruise Lines v. Shute* 499 US 585 (1991).

quence l'implication de l'État comme partie au litige sur la qualification de « civile et commerciale ». Pour que la question soit parfaitement claire, le paragraphe 4 réaffirme cette solution. Par ailleurs, quoique la question ne soit pas explicitement abordée, il est tout aussi certain que les immunités diplomatiques ou consulaires applicables du fait des différentes Conventions internationales ne sont pas non plus affectées par l'avant-projet.

Article 2 – Champ d'application territorial

47 Cet article définit le champ d'application territorial, ou géographique, de la Convention et précise dans quelles situations les règles de compétence directe du chapitre II et les règles sur la reconnaissance et l'exécution du chapitre III sont applicables. En définissant ce champ d'application territorial, la Commission spéciale a été particulièrement vigilante sur le fait que la définition adoptée n'entraîne pas de conflit de conventions avec les instruments internationaux existants, tout en ne préjugeant pas de la nécessité d'une clause de déconnexion pour sauvegarder le fonctionnement de ces instruments.

Paragraphe 1

48 Ce paragraphe définit le champ d'application des règles de compétence directe du chapitre II, selon le principe que ces règles s'appliquent dans tous les cas où le tribunal saisi est le tribunal d'un État contractant. Le critère retenu diffère donc du critère dont s'inspirent d'autres Conventions, notamment les Conventions de Bruxelles et de Lugano, d'après lesquelles l'applicabilité des compétences conventionnelles, à l'exception des compétences exclusives et du for prorogé, dépend du domicile du défendeur dans un État contractant[29]. Aux termes de la Convention, au contraire, la résidence habituelle du défendeur dans un État contractant n'est pas une condition nécessaire pour l'application des compétences prévues dans la Convention même. La seule situation dans laquelle elle joue un rôle se vérifie à propos de l'interdiction d'utiliser les fors exorbitants dans le cadre du droit national, qui se trouve limitée, aux termes de l'article 18, au cas où le défendeur réside habituellement dans un État contractant[30].

49 Le principe selon lequel les règles conventionnelles sur la compétence directe s'appliquent indépendamment de la résidence du défendeur rencontre toutefois une limitation lorsque toutes les parties ont leur résidence habituelle dans l'État du tribunal saisi. L'inapplicabilité des règles de la Convention dans ce cas se justifie au motif qu'on est en présence d'un cas purement interne, sans éléments d'internationalité. Toutefois, cette inapplicabilité n'est pas totale, et se trouve à son tour limitée lorsque la soumission d'un litige aux règles nationales pourrait affecter le fonctionnement de la Convention. Il s'agit des situations caractérisées par une élection de for, ou par le jeu des compétences exclusives, ou encore par la litispendance ou d'autres circonstances qui permettent à un tribunal de refuser d'exercer la compétence.

Lettre a) – *Élection de for*

50 Malgré la résidence habituelle de toutes les parties dans le même État contractant, le tribunal saisi doit faire application de l'article 4 si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un autre État contractant pour connaître du différend. Dans un pareil cas, en effet, la méconnaissance de la règle conventionnelle sur l'élection de for affecterait la compétence d'un autre État contractant, qui se verrait nier une compétence qui lui a été attribuée par les parties. Il en va autrement lorsque les parties ont choisi le tribunal ou les tribunaux d'un pays tiers, bien que l'on puisse douter de l'opportunité d'exclure dans ce cas l'application de l'article 4[31].

Lettre b) – *Compétences exclusives*

51 De même qu'en matière d'élection de for, l'existence dans un autre État contractant d'une compétence déclarée exclusive par la Convention entraîne son applicabilité alors même que toutes les parties résident habituellement dans l'État du tribunal saisi. La règle attribuant une compétence exclusive aux tribunaux d'un État contractant doit pouvoir s'appliquer indépendamment de la résidence des parties en cause ; elle ne peut donc être influencée ni par la résidence des parties dans l'État du juge saisi ni par leur résidence dans un pays tiers.

Lettre c) – *Litispendance et refus d'exercer la compétence*

52 La résidence de toutes les parties dans l'État du tribunal saisi n'affecte pas non plus l'application des dispositions conventionnelles qui règlent la concurrence d'actions dans plusieurs État contractants. En effet, puisque les compétences établies par la Convention ne dépendent pas de la résidence des parties, il peut bien arriver que sur le même litige les tribunaux de deux États contractants soient également compétents en vertu de la Convention, alors même que toutes les parties ont leur résidence habituelle dans un même État. La coordination que les articles 21 et 22 instituent entre les juridictions des États contractants doit donc être respectée en toute circonstance, pour assurer le bon fonctionnement de la Convention.

Paragraphe 2

53 En vertu de ce paragraphe le champ d'application des règles du chapitre III est défini par la circonstance qu'il s'agisse d'un jugement rendu dans un État contractant et que la question de la reconnaissance et de l'exécution se pose dans un autre État contractant. La Commission spéciale a ainsi choisi d'admettre également à la reconnaissance ou à l'exécution en vertu du chapitre III les jugements rendus dans l'État d'origine pour des affaires purement internes, lorsque l'affaire devient internationale du fait que le jugement rendu doit produire des effets dans un autre État contractant. La disposition générale du paragraphe 2, qui concerne en principe tout jugement rendu dans un État contractant, doit en outre être coordonnée avec l'article 24, selon lequel le chapitre III ne s'applique pas aux jugements fondés sur une compétence prévue par le droit national en vertu de l'article 17. Du fait de cette coordination de dispositions, le champ d'application du chapitre III se trouve par conséquent restreint d'une part aux jugements fondés sur une compétence prévue par les articles 3 à 13 ou conforme à ces compétences, qui bénéficieront des règles de reconnaissance et d'exécution de la Convention, et d'autre part aux jugements fondés sur une compétence non conforme aux dispositions sur l'élection de for, sur les règles de protection, sur les compétences exclusives ou en violation des compétences interdites, qui ne peuvent pas être reconnus ni exécutés.

[29] Voir art. 2 des deux Conventions, à l'applicabilité duquel est subordonné le recours aux fors spéciaux et facultatifs prévus par la Convention.

[30] Il en découle que, lorsque le défendeur ne réside pas habituellement dans un État contractant, les rattachements exorbitants de l'art. 18 peuvent être utilisés dans le cadre du droit national aux termes de l'art. 19 (voir ci-après le commentaire des articles précités).

[31] Il est à noter que l'art. 4 (voir le commentaire ci-après) reconnaît la validité des conventions d'élection de for aussi lorsqu'elles désignent les tribunaux d'États non contractants.

relevance of the governmental status of one of the parties for the purposes of characterisation of a claim as "civil and commercial". For additional assurance, paragraph 4 makes this explicit. Although not specifically referred to it is also obvious that entitlements to diplomatic and consular immunity under the relevant international Conventions are not affected by the preliminary draft Convention.

Article 2 – Geographic scope

47 This Article defines the territorial, or geographical, scope of the Convention and the situations in which the Chapter I rules on direct jurisdiction and the Chapter III rules on recognition and enforcement will apply. In defining this territorial scope, the Special Commission has taken special care to ensure that the definition adopted does not result in treaty conflicts with existing international instruments, without pre-empting the decision on whether a disconnection clause is needed to safeguard the operation of such instruments.

Paragraph 1

48 This paragraph defines the scope of the direct jurisdiction rules of Chapter II, according to the principle that these rules apply whenever the court seised is a court of a Contracting State. Thus the chosen criterion differs from the one found in other Conventions such as the Brussels and Lugano Conventions, in which treaty-based jurisdiction, except for exclusive jurisdiction and prorogation, applies only where the defendant is domiciled in a Contracting State.[29] Under this Convention, by contrast, the defendant need not be habitually resident in a Contracting State in order for the grounds of jurisdiction available under the Convention to apply. The only situation in which habitual residence plays a role is the prohibition against the use of exorbitant jurisdiction in national law, which is restricted by Article 18 to cases where the defendant is habitually resident in a Contracting State.[30]

49 There is however one restriction on the principle whereby treaty rules on direct jurisdiction apply irrespective of the defendant's residence: when all the parties are habitually resident in the State of the court seised. The non-application of the Convention rules in this case is warranted by the fact that this is a purely internal situation, lacking any international dimension. However, the non-applicability is not total, and may in turn be restricted if the subjection of a dispute to national rules might undermine the workings of the Convention. Such situations may arise because of a choice of court, or as a result of exclusive jurisdiction, *lis pendens*, or other circumstances in which a court may decline jurisdiction.

Sub-paragraph a) – *Choice of court*

50 Even if all the parties are habitually resident in the same Contracting State, the court seised must apply Article 4 if the parties have agreed on a court or courts in another Contracting State to deal with the dispute. In such a case, disregarding the treaty rule on the choice of court would undermine the jurisdiction of another Contracting State, which would be unable to exercise a jurisdiction already conferred on it by the parties. This does not happen when the parties have chosen a court or courts in a third State, although it is uncertain whether application of Article 4 should properly be excluded in that case.[31]

Sub-paragraph b) – *Exclusive jurisdiction*

51 As with the choice of court, the existence in another Contracting State of a ground of jurisdiction defined by the Convention as exclusive will render the Convention applicable even if all the parties are habitually resident in the State of the court seised. It must be possible to apply the rule granting exclusive jurisdiction to the courts of a Contracting State regardless of the residence of the parties concerned. The rule cannot therefore be affected by the parties being resident either in the State of the court seised, or in a third country.

Sub-paragraph c) – Lis pendens *and refusal to exercise jurisdiction*

52 Nor does the fact of the parties being resident in the State of the court seised affect the application of the treaty provisions which govern concurrent actions in a number of different Contracting States. Since the grounds of jurisdiction laid down in the Convention do not depend on the residence of the parties, it may well be that the courts of two Contracting States are equally competent to deal with the same case, even if all the parties are habitually resident in the same State. The co-ordination established in Articles 21 and 22 among the courts of Contracting States must therefore be respected in all circumstances, in order to ensure the smooth working of the Convention.

Paragraph 2

53 Under this paragraph, the scope of the Chapter III rules is defined by the fact that a judgment has been rendered in one Contracting State and the question of recognition and enforcement has arisen in another. The Special Commission has opted for recognition and enforcement under Chapter III of judgments rendered in the State of origin for purely internal cases when they become international by virtue of the fact that the judgment will take effect in another Contracting State. The provision in paragraph 2, which in principle covers any judgment rendered in a Contracting State, must also be read in conjunction with Article 24, whereby Chapter III does not apply to judgments based on a ground of jurisdiction provided for by national law in accordance with Article 17. Because of this conjunction of provisions, the scope of Chapter III is limited, on the one hand, to judgments based on or rendered in conformity with one of the grounds of jurisdiction provided for in Articles 3 to 13, which will be covered by the Convention's rules on recognition and enforcement, and on the other hand to judgments based on a ground of jurisdiction not conforming to the provisions concerning choice of court, the protective rules, or jurisdiction which is exclusive or in breach of the prohibited grounds of jurisdiction – judgments which cannot be either recognised or enforced.

[29] See Art. 2 of both Conventions, which must be applicable in order for the special and optional fora provided in the Convention to be used.

[30] It follows that when the defendant is not habitually resident in a Contracting State, the exceptional connections in Art. 18 may be used in a national law framework in accordance with Art. 19 (see below the commentary on these Articles).

[31] It should be noted that Art. 4 (see commentary below) also recognises the validity of choice of court agreements which appoint courts in non-Contracting States.

Article 3 – For du défendeur

54 Cet article contient la première règle de compétence de la Convention, et définit le for général du défendeur, qu'il s'agisse d'une personne physique ou autre. Ce faisant, la Convention suit une tendance bien établie des conventions internationales en matière de compétence internationale, de même que des systèmes nationaux lorsqu'ils définissent la compétence directe des juridictions nationales, en prévoyant un for général fondé sur le principe que le demandeur peut porter son action devant le juge du défendeur. Ce principe, qui s'exprime dans la maxime *actor sequitur forum rei*, tend à favoriser le défendeur et semble encore plus justifié dans le domaine international qu'en droit interne, car il est bien plus difficile de se défendre devant les tribunaux d'un pays étranger que devant un autre tribunal de son propre pays[32].

55 Dans la plupart des cas, tant en droit conventionnel qu'en droit interne, la prévision d'un for général est accompagnée par d'autres compétences qui, sauf le cas des compétences exclusives, se présentent comme alternatives au for général. C'est le cas, entre autres, de la Convention de Bruxelles, qui prévoit le for général de l'État du domicile du défendeur.

56 Toutefois d'autres conventions telles la Convention de Bruxelles susmentionnée instituent une relation étroite entre le for général et les compétences alternatives, de telle manière que l'applicabilité de ces dernières est subordonnée à l'existence du for général dans un des États contractants. Aucune connexion de ce type n'est établie dans l'avant-projet de Convention. La nature générale de la compétence prévue à l'article 3 ne dérive donc pas du fait que seulement son existence dans un cas d'espèce permet l'application, par voie de dérogation, des compétences spéciales ayant un caractère alternatif, mais uniquement du fait qu'elle n'est pas restreinte à un domaine matériel spécifique et qu'elle peut être exercée à l'égard de n'importe quelle demande, indépendamment de la matière visée par celle-ci, avec les seules limitations résultant d'une élection de for (art. 4) ou des règles fixant des compétences exclusives (art. 12) ou des compétences de protection (art. 7, 8).

57 En outre, l'absence d'une relation bien définie entre le for général du défendeur et les compétences prévues par la Convention implique que le for du défendeur se situe sur un plan d'égalité avec les autres fors prévus dans les articles suivants. En d'autres termes, il s'agit d'un des fors à la disposition du demandeur, en alternative avec les autres compétences prévues par la Convention (et, dans la mesure où elles ne sont pas interdites par celle-ci, par le droit national de chaque État contractant), sans aucune priorité par rapport à ces dernières.

Paragraphe 1

58 En vertu du premier paragraphe, le for du défendeur est fixé à sa résidence habituelle. C'est une solution sur laquelle la Commission spéciale a trouvé facilement un accord, après avoir examiné et écarté d'autres critères qui auraient pu exprimer le rattachement du défendeur avec un pays donné, tels la nationalité et le domicile.

59 En effet, la nationalité n'exprime pas un rattachement significatif dans la matière civile et commerciale visée par la Convention, à tel point qu'elle ne peut y trouver aucune place (voir art. 18). Quant au domicile, son emploi présente des inconvénients bien connus liés à sa différente qualification en droit comparé[33]. Bien qu'il soit retenu comme rattachement principal dans d'autres conventions internationales, y compris la Convention de Bruxelles, il a donc été écarté en faveur de la résidence habituelle. Certes, même la notion de résidence habituelle n'est pas purement factuelle et peut se prêter à des interprétations divergentes[34]; toutefois il est indéniable qu'elle a un caractère de fait plus marqué, dans la mesure où elle tend à indiquer la présence, plus ou moins prolongée, d'une personne dans un lieu déterminé et à n'attacher qu'un rôle éventuel et non nécessaire à sa volonté d'y rester[35]. Il ne faut pas oublier non plus que le rattachement de la résidence habituelle a été constamment employé dans les Conventions de La Haye et que son application concrète n'a jamais posé de graves difficultés. À la lumière de ce qui précède, il a été jugé superflu de donner une définition de résidence habituelle dans la Convention.

60 Aucune disposition ne vise la situation où la résidence habituelle ne puisse pas être établie dans un cas d'espèce. Il est toutefois à remarquer qu'une telle situation ne pourra se vérifier que très rarement; en outre, la circonstance – soulignée ci-dessus – que dans le système de la Convention la résidence habituelle du défendeur ne constitue pas le for fondamental, de l'existence duquel dépend l'application des fors spéciaux, mais n'est qu'un des fors à la disposition du demandeur, sur un plan d'égalité avec les fors spéciaux, rend cette question d'importance décidément mineure.

Paragraphe 2

61 Le deuxième paragraphe définit le for du défendeur lorsque ce dernier n'est pas une personne physique. On notera que la qualité des défendeurs visés par la disposition y est indiquée par une formule négative. Celle-ci a été préférée à une indication positive, afin d'y inclure non seulement les sociétés et personnes morales ayant une personnalité juridique, mais également toute autre association de personnes physiques ou morales dépourvue de personnalité juridique tout en étant habilitée, selon la loi qui les régit, à ester en justice.

62 Par ailleurs, le choix de la résidence habituelle comme rattachement pour les personnes physiques rendait problématique l'emploi du même rattachement en matière de personnes morales[36] sans en donner une définition. Toutefois, compte tenu du fait qu'une telle définition aurait dû de toute façon s'exprimer en une pluralité de rattachements, la disposition se réfère à ces derniers, sans essayer de les rapporter à une notion unitaire. La complexité et la variété des situations qui se présentent dans la pratique, ainsi que l'opportunité d'offrir un for au demandeur dans le cas où une société présente des liens avec plusieurs pays, justifient quatre points de rattachement, qui figurent dans les lettres de *a)* à *d)*. La liste n'établit aucune hiérarchie: les critères sont donc alternatifs et constituent une série d'options à la disposition du demandeur, qui pourra porter son action contre le défendeur devant les tribunaux de l'État indiqué par l'un ou par l'autre, à son choix. Il est à noter toutefois, ainsi qu'il ressort de l'examen des rattachements ci-après, que les lettres *a)* et *b)* n'offrent pas une vraie option au demandeur, mais sont plutôt alternatives entre elles.

[32] C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5); et aussi P. Jenard, Rapport sur la *Convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (le «Rapport Jenard»), *JO* C 59 du 5.3.1979, p. 1 à 65, *sub* art. 2.

[33] Voir E. Rabel, *The Conflicts of Laws. A Comparative Study*, 2e éd., Ann Arbor, MI, University of Michigan Press, 1947, I, p. 117 et s.; et F. Pocar, «Observations sur la notion de domicile dans les conventions internationales», *Annuaire AAA*, vol. 35 (1965), p. 176 à 182.

[34] D. Baetge, *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1994, p. 44 à 85.

[35] E. Clive, «The Concept of Habitual Residence», *The Juridical Review*, 1997, p. 137 à 147.

[36] Ce qui aurait été plus facile si le critère retenu pour les personnes physiques avait été le domicile.

Article 3 – Defendant's forum

54 This Article contains the first of the Convention's rules on jurisdiction. It defines the general forum of the defendant, whether or not the defendant is a natural person. In so doing, the Convention follows a trend now firmly established in international conventions on international jurisdiction, as well as in national systems when defining the direct jurisdiction of national courts, by making provision for a general forum based on the principle that the plaintiff may bring suit in the courts of the defendant. This principle, enshrined in the maxim "*actor sequitur forum rei*", tends to favour the defendant, and seems to be justified even more on the international level than in national law, since it is much more difficult to defend oneself in the courts of a foreign country than in a different court of one's own country.[32]

55 In most cases, both in treaty law and in national law, where a general forum is specified it is accompanied by other grounds of jurisdiction which are presented, except in the case of exclusive jurisdiction, as alternatives to the general forum. This is true, *inter alia*, of the Brussels Convention, which provides for a general forum in the State of the defendant's domicile.

56 Other instruments however, such as the Brussels Convention itself, establish a close connection between the general forum and alternative grounds of jurisdiction, so that the latter apply only if there is a general forum in one of the Contracting States. No such connection is laid down in this preliminary draft Convention. Thus the general character of the ground of jurisdiction provided in Article 3 does not derive from the fact that only where it exists in a particular case will the special grounds of jurisdiction of an alternative kind apply by way of derogation, but solely from the fact that it is not confined to any specific subject matter and may be exercised for any court application regardless of its subject, being limited solely by choice of court (Art. 4), or the rules on exclusive jurisdiction (Art. 12), or protective grounds of jurisdiction (Arts 7 and 8).

57 Moreover, the absence of any clearly defined relationship between the general forum of the defendant and the grounds of jurisdiction provided in the Convention implies that the defendant's forum is on a footing of equality with the ones specified in subsequent articles. In other words, it is one of the fora available to the plaintiff, as an alternative to the other grounds of jurisdiction provided in the Convention (and also by the national law of each Contracting State, unless the Convention forbids it), but does not enjoy any priority over them.

Paragraph 1

58 The effect of paragraph 1 is to fix the defendant's forum at his place of habitual residence. The Special Commission finds this solution readily acceptable, having considered and discarded other criteria which would have linked the defendant with a given country, such as nationality and domicile.

59 In fact, in the civil and commercial matters covered by the Convention there is no meaningful link to be found in nationality, and indeed there is no place for it (see Art. 18). As for domicile, there are well-known disadvantages in using it, because of its varying status in comparative law.[33] Although it is adopted as the primary connecting factor in other international conventions, including the Brussels Convention, it has therefore been discarded in favour of habitual residence. Of course, even the notion of habitual residence is not purely factual and may be open to various interpretations.[34] However, it is undeniably more reliable in a factual sense, as it tends to denote a person's presence over a fairly prolonged period in a certain place, and to assign only an incidental and non-essential role to the intention of remaining there.[35] Nor should it be forgotten that the connecting factor of habitual residence has been consistently used in the Hague Conventions, and there has never been any real difficulty in applying it in practice. In the light of the foregoing, it was thought unnecessary to include in the Convention a definition of habitual residence.

60 There is no provision for circumstances in which habitual residence cannot be established in a particular case. However, it should be noted that such situations will be very rare. Moreover, it has already been pointed out that in this Convention the defendant's habitual residence is not the basic forum which must exist in order for special fora to apply, but merely one of the fora available to the plaintiff, on a footing of equality with the special fora, so that this becomes a distinctly minor issue.

Paragraph 2

61 Paragraph 2 defines the defendant's forum when the defendant is not a natural person. We note that the category of defendants which this comprises is defined in negative terms. The negative wording was preferred to a positive term in order to include not only corporations and legal persons, all of which have legal personality, but also any other association of natural or legal persons which lacks legal personality but which is capable under the law which governs it of appearing and pleading before a court.

62 Moreover, the choice of habitual residence as a connecting factor for natural persons made it difficult to use the same connecting factor for legal persons[36] without defining the concept. However, given that such a definition would in any case have had to be expressed as a plurality of connecting factors, the provision makes reference to these without seeking to relate them to a unitary concept. The complexity and range of situations which arise in practice, and the advisability of making a court available to the plaintiff if a corporation has links with several countries, justify four connecting factors, listed *a)* to *d)*. The list does not stipulate any order of priority: the criteria are therefore alternatives, comprising a series of options available to the plaintiff, who may bring his action against the defendant before the courts of the State indicated by whichever he chooses. It should however be noted, and is clear from the analysis which follows of the connecting factors, that sub-paragraphs *a)* and *b)* do not offer the plaintiff any real choice, being in fact alternatives to each other.

[32] C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5) and P. Jenard, Report on the *Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters* (the "Jenard Report"), *OJ* C 59, 5.3.1979, pp. 1-65, *sub* Art. 2.

[33] See E. Rabel, *The Conflicts of Laws. A Comparative Study*, 2nd ed., Ann Arbor, MI, University of Michigan Press, 1947, I, pp. 117 *et seq.*; and F. Pocar, "Observations sur la notion de domicile dans les conventions internationales", *Annuaire AAA*, Vol. 35 (1965), pp. 176-182.

[34] D. Baetge, *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1994, pp. 44-85.

[35] E. Clive, "The Concept of Habitual Residence", *The Juridical Review*, 1997, pp. 137-147.

[36] It would have been easier if the criterion chosen for natural persons had been domicile.

Lettre a) – *Siège statutaire*

63 La notion de siège social est bien établie en droit civil, même si sa définition peut varier d'un pays à l'autre, mais est inconnue d'autres systèmes juridiques, et notamment des pays de *common law*. Cela explique pourquoi d'autres conventions internationales qui s'y réfèrent aient dû en donner une définition directe ou indirecte[37], ou bien l'utiliser en tant que rattachement alternatif à d'autres[38]. La Convention suit les deux approches : d'une part, pour éviter des interprétations divergentes, elle précise qu'il s'agit du siège mentionné dans les statuts ou actes constitutifs de la société ou autre personne morale ; de l'autre, le siège statutaire figure dans la Convention en tant qu'un des rattachements alternatifs pour déterminer le for du défendeur. Il y a lieu de préciser que dans la mesure où on fait entrer dans la notion de siège statutaire le «*registered office*» du droit anglais, ce n'est que l'«*office*» principal qui doit être pris en compte.

Lettre b) – *Loi de constitution*

64 Pour combler la lacune découlant pour certains pays de l'impossibilité d'avoir recours au rattachement du siège social, la Convention retient en alternative le critère de l'État selon la loi duquel la personne a été constituée. Ce critère coïncide normalement avec le lieu d'enregistrement de la société, dans lequel la société a un «bureau enregistré» («*registered office*»), mais le rattachement permet de couvrir également le cas où la société n'a nulle part de «*registered office*»[39] ; il est enfin susceptible de s'appliquer tant aux sociétés et autres entités ayant une personnalité morale qu'aux associations qui ne sont pas destinées à l'acquérir.

Lettre c) – *Administration centrale*

65 Ce rattachement vise le lieu où les décisions relatives à la gestion de la société ou autre entité sont prises, à savoir le lieu où, selon les statuts ou en fait, le conseil d'administration d'une société se réunit ou les personnes habilitées à prendre les décisions concernant l'organisation et l'activité d'une personne morale ou d'une association dépourvue de personnalité juridique adoptent ces décisions. Il s'agit d'un critère qu'on a souvent invoqué comme suffisant pour rattacher une personne morale à un pays donné, mais dont la détermination devient de plus en plus difficile et douteuse, à la lumière des nouvelles techniques désormais utilisées pour la prise de décisions concernant des sociétés exerçant une activité dans plusieurs pays. La possibilité d'adopter des décisions par vidéoconférence ou autre moyen de communication électronique, lorsqu'il s'agit d'un organe collégial, ou de communiquer une décision «en ligne» de la part de la personne habilitée à cet effet, permet la prise de décision dans des lieux variables selon les circonstances, le lieu d'adoption de la décision ne pouvant être identifié. C'est bien pour cette raison que l'application de ce critère présente des marges d'incertitude, à cause desquelles il ne peut pas suffire à lui seul et ne peut que figurer dans une liste d'options à la disposition du demandeur.

[37] Par exemple l'art. 53 de la Convention de Bruxelles laissait expressément sa qualification au droit international privé du juge saisi, et dans son texte révisé en propose une définition directe pour les pays qui ne la connaissent pas (voir ci-après, *sub b)*).
[38] Telle est par exemple la situation retenue par l'art. 10 de la Convention Exécution de 1971.
[39] Il est intéressant de remarquer que la Convention de Bruxelles révisée, qui n'utilise que le rattachement du siège statutaire, définit ensuite cette expression, pour le Royaume-Uni et l'Irlande, comme indiquant le «*registered office*» ou, s'il n'existe nulle part de «*registered office*», le lieu d'acquisition de la personnalité morale ou, s'il n'existe nulle part de lieu d'acquisition de la personnalité morale, le lieu selon la loi duquel la constitution a été effectuée.

Lettre d) – *Principal établissement*

66 À la différence de l'administration centrale, ce rattachement indique le lieu où l'activité de la personne morale se déroule à titre principal. Il s'agit donc d'un critère factuel qui devra être identifié cas par cas, en examinant l'activité de la personne morale. Là aussi, des incertitudes pourraient surgir lorsqu'une société exerce des activités équivalentes dans plusieurs pays ; il y a lieu de remarquer toutefois que souvent l'exercice d'activités par le moyen de succursales ou établissements secondaires facilitera la tâche consistant à déterminer le lieu où la société conduit l'essentiel de ses activités.

Article 4 – Élection de for

Paragraphe 1 – Clause attributive de juridiction

Champ d'application

67 Le champ d'application géographique de l'article 4 est défini dans l'article 2, présenté ci-dessus. La Commission spéciale a rejeté une proposition visant à ajouter aux exigences posées par l'article 2 un critère d'internationalité supplémentaire. Dans l'hypothèse où des parties habituellement résidentes dans un seul État contractant choisissent le tribunal d'un autre État contractant, aucune autre condition n'est exigée. Par exemple, il n'est pas nécessaire que le contrat prévoie une fourniture transfrontière de biens ou de services ou que ce contrat soit lié à une autre transaction de nature internationale. Il n'y a pas ici lieu d'appliquer la «*teleologische Reduktion*»[40].

Accord

68 Il faut un accord entre les parties. Une désignation unilatérale, dans une facture ou un document émanant d'une seule des parties n'est pas suffisant en elle-même[41], à moins que cette désignation soit le reflet d'un usage régulièrement suivi par les parties ou résulte d'un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance dans la branche commerciale en cause[42]. Il n'est pas nécessaire que la clause fasse l'objet d'un accord explicite de la part des deux parties ou soit signée par les deux parties. Il suffit qu'il résulte des circonstances de l'affaire que les parties se sont effectivement accordées ou peuvent être considérées comme s'étant accordées.

69 Dans cette mesure, une partie à un contrat d'adhésion contenant une clause attributive de juridiction peut être considérée comme ayant donné son accord, à moins qu'elle puisse bénéficier de la protection accordée par les articles 7 ou 8[43]. De la même façon, le membre d'une société ou d'une association peut, du fait de cette qualité de membre, être réputé avoir accepté une clause attributive de juridiction contenue dans l'acte constitutif de la personne morale, qu'il ait ou non spécifiquement donné son accord à cet acte. L'accord doit être conclu en la forme prévue par le paragraphe 2 et doit être valable au fond.

[40] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2), No 104. Pour une discussion des différentes analyses de l'art. 17 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, voir H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, p. 82 à 84 ; J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 6e Auflage, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1998, p. 228 à 232 ; C. Bernasconi et A. Gerber, *Der Raümlich-persönliche Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens*, 1993, 3 *SZIER/RSDIE* 39, spéc. p. 57 à 61. Il faut toutefois rappeler que les dispositions des Conventions de Bruxelles et de Lugano sont substantiellement différentes.
[41] Voir *infra*, art. 18(2) *g)*.
[42] Voir art. 4(2) *c)* et *d)*.
[43] Comp. avec l'art. 4 de la *Convention de La Haye du 25 novembre 1965 sur les accords d'élection de for* (qui n'est pas en vigueur), qui visait à protéger la partie faible. Dans la présente Convention, la protection de la partie faible est assurée par l'art. 4(3).

Sub-paragraph a) – *Statutory seat*

63 The concept of statutory seat is firmly established in civil law, albeit in definitions which may vary from one country to another, but is unknown in other legal systems, especially in common law countries. This explains why other international conventions which refer to it have had to define it, either directly or indirectly,[37] or use it as an alternative connecting factor to others.[38] The Convention follows both approaches: on the one hand, in order to avoid divergent interpretations, it specifies that the seat is the one named in the statutes or deeds of incorporation of the company or other legal person; on the other, the statutory seat appears in the Convention as one of the alternative connecting factors for defining the defendant's forum. It should be explained that where the English law concept of a "registered office" is part of the statutory seat, only the main office is meant.

Sub-paragraph b) – *Law of incorporation*

64 To fill the gap which occurs in some countries where it is not possible to rely on the statutory seat as a connecting factor, the Convention uses as an alternative the criterion of the State under whose law the legal person was formed. This criterion will normally signal the place in which the company is registered, in which it has a registered office, but the link can also extend to cases in which the company has no "registered office".[39] Finally, it may also apply both to companies and other entities with legal personality, and to associations not intended to acquire legal personality.

Sub-paragraph c) – *Central administration*

65 This connecting factor relates to the place where decisions about the running of the company or other entity are made, *viz.* the place where, according to the statutes or in practice, the board of directors of a company meets or the persons authorised to take decisions about the organisation and activities of a legal person or an association without legal personality take such decisions. This criterion has often been regarded as sufficient to link a legal person to a given country, but it is becoming increasingly difficult and unreliable to pin down, because of the new techniques which are now used in decision-making for companies which carry on business in several different countries. The possibility of making decisions through videoconferencing or other means of electronic communication, in the case of a collegiate body, or communicating a decision "online" from the person with authority for that purpose, means that decisions may be taken in various places, and it will be impossible to identify where the decision was taken. For this reason there is some uncertainty involved when this criterion is used, so that it is not sufficient in itself and can only be one of a list of alternatives open to the plaintiff.

[37] For example, Art. 53 of the Brussels Convention expressly left it to the private international law of the forum seised to define what it is, and in its revised text proposes a direct definition for countries which do not have it (see below under *h)*).

[38] This is the situation, for instance, in Art. 10 of the 1971 Enforcement Convention.

[39] It is interesting to note that the revised Brussels Convention, in which the only connecting factor is the statutory seat, goes on to define this term, used in the United Kingdom and Ireland, as meaning "the 'registered office' or, if there is no 'registered office', the place where legal personality was acquired or, if there is no place where this happened, the place under whose law the company was incorporated".

Sub-paragraph d) – *Principal place of business*

66 Unlike the central administration, this connecting factor stands for the place where the main activity of the legal person is carried on. This therefore is a factual criterion which has to be identified on a case-by-case basis, by considering the activity of the legal person. Here again, there may be some uncertainty if a company is carrying on similar activities in several different countries. However, it should be noted that where business is carried on by means of subsidiaries or secondary establishments, this will often make it easier to ascertain the place where the company is carrying on its main business.

Article 4 – Choice of court

Paragraph 1 – Choice of forum clause

Scope of application

67 The territorial scope of Article 4 is defined in Article 2 which has been discussed above. The Special Commission did not accept a proposal that there be a requirement of an international connection in addition to any requirement set out in Article 2. In the case where parties habitually resident in one Contracting State choose the forum of another Contracting State, there is no requirement of any further international connection, such as that the contract must envisage the supply of goods or services across borders or that it must be related to other transactions of an international character. There is no room for a "*teleologische Reduktion*".[40]

Agreement

68 There must be an agreement between the parties. A unilateral stipulation in an invoice or other document by one of the parties will not by itself suffice,[41] unless the stipulation reflects a usage which is regularly observed by the parties or reflects a common practice in a particular trade of which the parties were or ought to have been aware.[42] The consent to the arrangement need not be given explicitly by each party or be signed by that party. It suffices when it appears from the general circumstances that each party has agreed or can be taken to have agreed.

69 Thus a party to a contract of adhesion containing a forum selection clause can be taken to have agreed unless he or she falls within one of the categories protected in Articles 7 or 8.[43] Similarly, a member of a corporation or association by virtue of that membership can be taken to have agreed to any forum selection clause contained in the constitution of that body whether he or she has specifically agreed to it or not. The agreement must be in the form prescribed by paragraph 2 and must be valid as to substance.

[40] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2), No 104. For a discussion of the different views expressed in relation to Art. 17 of the Brussels and Lugano Conventions, see H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2nd ed., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996, at pp. 82-84; J. Kropholler, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 6e Auflage, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1998, at pp. 228-232; C. Bernasconi and A. Gerber, *Der raümlich-persönliche Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens*, 1993, 3 *SZIER/RSDIE* 39, esp. at pp. 57-61. It must be remembered, however, that the provisions of the Brussels and Lugano Conventions are substantially different.

[41] See Art. 18(2) *g) infra*.

[42] See Art. 4(2) *c)* and *d)*.

[43] Contrast the *Hague Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court* (not in force), Art. 4 which sought to protect the weaker party. In the present Convention this is done in Art. 4(3).

Licéité de l'accord

70 Une question préalable peut se poser, qui est celle de savoir si les parties peuvent soumettre leur litige à un tribunal étranger. Certaines règles nationales peuvent explicitement prohiber de tels accords[44]. Dans d'autres pays, l'ordre public a été invoqué pour invalider certaines clauses attributives de juridiction[45]. Vu la disposition spécifique de l'avant-projet de Convention contenue dans l'article 4(3), relative à l'inefficacité des clauses attributives de juridictions dans certaines situations, la disposition de l'article 17 relative aux limites du recours au droit national et l'absence de réserve de l'ordre public dans le chapitre II, il n'y a pas lieu de permettre l'interférence de règles nationales posant des conditions sur le caractère licite de l'élection de for[46].

Validité au fond de l'accord

71 Le paragraphe 2 ne concerne que la validité en la forme de l'accord. Aucune disposition de la Convention ne traite de la question de savoir quelles sont les conditions de fond applicables à la validité d'une clause attributive de juridiction, comme par exemple les conditions relatives à la validité du consentement. Une telle solution a pour origine l'opinion de la Commission spéciale, selon laquelle la question de validité au fond relève des droits nationaux. Pour cette raison, ce sont les règles de droit national du juge saisi, y compris ses règles de droit international privé, qui vont trancher les questions juridiques posées par le consentement[47]; seule la question purement factuelle de savoir si les parties ont effectivement donné leur accord relève de la Convention.

Le tribunal ou les tribunaux d'un État

72 Les parties peuvent choisir ou bien un tribunal particulier, ou bien plusieurs tribunaux particuliers ou encore, les tribunaux d'un État, contractant ou non contractant. Dans cette dernière situation, une certaine incertitude peut naître si les parties désignent, sans spécifier, les tribunaux d'un État comportant plusieurs systèmes judiciaires, comme le Royaume-Uni ou la Suisse. En l'absence de disposition expresse dans la Convention sur ce sujet, il semble que dans ce cas, le demandeur puisse se prévaloir de la compétence de tous les tribunaux de l'État désigné[48].

73 Toutefois, un point est acquis: les parties ne peuvent pas, par leur accord, conférer compétence à un tribunal qui ne peut être saisi de l'affaire parce que sa compétence est limitée à certaines questions ou à des litiges d'un certain montant (compétence *ratione materiae*). L'accord des parties ne peut influer que sur la compétence quant aux personnes (compétence *ratione personae*).

Lien de rattachement avec le for désigné

74 L'article 4 ne pose aucune condition quant à l'existence d'un lien de rattachement entre le juge choisi et les parties, la question soulevée par le litige ou la loi applicable[49]. Le paragraphe 1 a pour effet de conférer compétence au tribunal désigné, même s'il n'existe aucun lien de rattachement. En accord avec le principe d'autonomie, qui sous-tend la disposition, il revient aux parties de déterminer si leur choix est ou n'est pas raisonnable. Les seules limitations figurent à l'article 4(3). Il s'ensuit que le tribunal d'un État contractant désigné par les parties ne peut pas refuser d'exercer sa compétence, sauf si cela lui est permis par la Convention[50]. En particulier, le tribunal, s'il a été désigné comme exclusivement compétent, ne peut pas refuser d'exercer sa compétence dans les conditions prévues par l'article 21(7) ou 22(1), en alléguant qu'un autre tribunal est clairement plus approprié que lui pour connaître du litige.

Les différends nés ou à naître d'un rapport de droit déterminé

75 Il est clair, du fait de la première partie de cette formulation, que les parties peuvent s'accorder sur le choix d'un tribunal aussi bien avant qu'après la naissance du litige. Il peut s'agir d'un accord qui s'insère dans le cadre d'un contrat plus large comme d'un accord *ad hoc*, comme par exemple l'accord donné par une partie d'accepter l'acte introductif d'instance et de ne pas contester la compétence du tribunal saisi. Bien qu'il soit plus probable que cette disposition soit utilisée dans des différends nés à l'occasion d'une relation contractuelle, aucune raison ne s'oppose à ce que d'autres différends, en matière de responsabilité civile délictuelle, par exemple, fassent l'objet d'un accord sur la compétence d'un tribunal particulier.

76 Une limite importante vient de ce que le différend doit être né ou à naître à l'occasion «d'un rapport de droit déterminé». De ce fait, un choix très ouvert visant «tout différend pouvant naître entre les parties de tout rapport de droit entre elles, présent ou à venir» ne saurait être suffisant. D'un autre côté, le rapport de droit visé peut concerner tout différend naissant à l'occasion du contrat formé entre les parties. Le rapport de droit doit être identifiable au moment de l'accord, même si la nature exacte du litige peut ne pas être déterminée à ce moment.

Compétence exclusive à moins que les parties n'en aient décidé autrement

77 Traditionnellement, dans les pays de *common law*, l'accord sur le choix d'un tribunal n'est pas considéré comme excluant la possibilité de saisir d'autres tribunaux compétents, à moins que le caractère exclusif du choix soit explicite ou résulte nécessairement de l'accord. Du fait de la solution adoptée par la Convention, la présomption sera inversée pour ces pays. Si rien n'est indiqué, sinon que les parties se sont mises d'accord pour rendre compétent(s) le tribunal ou les tribunaux d'un autre État contractant, cette compétence sera exclusive de toute autre (sous réserve des dispositions des art. 7, 8 ou 12, voir *infra*), à moins que la solution inverse ne résulte explicitement ou nécessairement du choix des parties. Toutefois, la formulation utilisée permet aux parties de choisir des fors non exclusifs, en plus des fors ouverts par la Convention. Plus encore, les termes «à moins que les parties n'en aient décidé autrement» permettent de montrer que c'est bien l'autonomie des parties qui sous-tend toute cette disposition. Elles peuvent prévoir que plusieurs fors auront compétence exclusive pour statuer sur certaines obligations particulières ou bien laisser ouvert le choix du tribunal à l'une des parties.

[44] On peut trouver un exemple dans le *Carriage of Goods by the Sea Act* 1991 (Australie), s. 11 (2) qui prive d'effet toute disposition du connaissement relatif au transport de marchandises vers ou depuis l'Australie qui aurait pour effet de «limiter ou exclure» la compétence d'un tribunal australien.

[45] Voir la discussion menée dans G.B. Born (*op. cit.* note 10), p. 414 à 417.

[46] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2), Nos 105 et 106 (sur la licéité uniquement).

[47] Voir la discussion de l'ensemble de ces questions et les références citées dans P.E. Nygh, «Autonomy in International Contracts», *OUP*, 1999, p. 93 et 94.

[48] Comp. avec l'art. 1(1) de la Convention For contractuel de 1965, qui renvoyait à «la loi ou les lois internes de cet État». La Convention actuelle ne prévoit pas de telle disposition. Pour une discussion de la situation aux Royaume-Uni, voir A. Briggs et P. Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 2e éd., Londres, Lloyd's of London Press, 1997, p. 71 et 72. Pour la Suisse, voir C. Bernasconi et A. Gerber (*op. cit.* note 40), p. 57.

[49] Les droits nationaux posent parfois de telles conditions: voir la Loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, art. 5(3). Aux Pays-Bas, voir l'arrêt Piscator, *Hoge Raad*, 1er février 1985, [1985] *NJ* 689, qui a exigé un «rattachement raisonnable» pour qu'un tribunal néerlandais puisse être valablement choisi.

[50] Cette affirmation est renforcée par la disposition de l'art. 22(1) de l'avant-projet de Convention.

The lawfulness (licéité) of the agreement

70 A preliminary issue may arise as to whether the parties may submit a particular dispute to the jurisdiction of a foreign court. In some cases national law may explicitly prohibit such submission.[44] In other countries public policy has been invoked to invalidate choice of forum clauses.[45] In the light of the express provision made by the preliminary draft Convention in Article 4(3) for the invalidation of jurisdiction agreements in specified circumstances, the circumscribed scope given to national law in Article 17, and the absence of a public policy reservation in Chapter II, there is no room for national laws imposing conditions on the lawfulness of the choice of forum.[46]

The substantive validity of the agreement

71 Paragraph 2 is restricted to validity as to form. There are no provisions in the Convention which address the question what conditions must be fulfilled for substantial validity, such as the conditions for a valid consent. This is in accordance with the view of the Special Commission that such issues should be left to national law. Thus, in so far as the issue of agreement raises questions of law as to the requirements of consent,[47] as opposed to the purely factual question of whether the parties actually agreed, the national law of the forum seised, including its rules of private international law, must determine those questions.

A court or courts of a State

72 The parties may select either a specific court, a number of specific courts or the courts of a Contracting or non-Contracting State generally. In the last case some uncertainties may arise if the parties select the courts generally of a multi-jurisdictional State such as the United Kingdom or Switzerland. In the absence of any express provision in the Convention on this aspect, it would appear that in such a case the plaintiff may choose to invoke the jurisdiction of any court within the selected State.[48]

73 One matter, however, is very clear: the parties cannot by their agreement confer jurisdiction on a court which lacks jurisdiction to hear the matter by reasons that its jurisdiction is limited as to subject matter or as to the quantum of the claims it can deal with (*ratione materiae*). The agreement of the parties can only confer jurisdiction as regards their persons (*ratione personae*).

Connection with the selected forum

74 There is no requirement in Article 4 that the forum chosen have any connection with either of the parties, the subject matter of the dispute or the applicable law.[49] The effect of paragraph 1 is to confer jurisdiction on the chosen court even if there is no such connection. In accordance with the principle of autonomy which underlies the provision, it is for the parties to determine whether their choice is reasonable. Any limitation on choice is to be found in Article 4(3). It follows that the court of a Contracting State chosen by the parties may not decline jurisdiction, except on a ground permitted under the Convention.[50] In particular, it cannot decline jurisdiction under Article 21(7) or 22(1) on the ground that another court is clearly more appropriate to resolve the dispute, if the court has been selected as an exclusive forum.

Any dispute which has arisen or may arise in connection with a particular legal relationship

75 The first part of this formula makes clear that the parties may agree on a choice of court both before and after the dispute has arisen. The agreement can be part of a larger contract or it may be ad hoc, such as an agreement to accept the service of a writ and not to contest the jurisdiction of the court. While the provision is most likely to be used in relation to disputes arising out of a contractual relationship, there is no reason why issues such as liability for a tort cannot be referred by agreement to a particular court.

76 There is an important limitation in the requirement that the dispute be "in connection with a particular legal relationship". An open-ended reference to "any dispute which may arise between the parties out of any present or future legal relationship between them" will not suffice. On the other hand, the legal relationship may be any dispute arising out of the contract the parties have entered into. The legal relationship must be capable of being identified as at the time of the agreement, although the exact nature of the dispute may not be foreseeable at that time.

Exclusive jurisdiction unless the parties have agreed otherwise

77 Traditionally, in common law countries an agreement for the choice of a court was viewed as not excluding other possible competent fora, unless it was made clear explicitly or by necessary implication that the selection was to be exclusive. In relation to those countries, the Convention will reverse the presumption. If nothing more is apparent than that the parties have agreed that a court or courts of another Contracting State shall have jurisdiction, that jurisdiction will be exclusive of other jurisdictions (subject to the provisions of Arts 7, 8 or 12, see below) unless the contrary appears either explicitly or by necessary implication. Conversely, the formula makes it clear that it will remain possible to provide for non-exclusive alternatives to the fora required by the Convention. Furthermore, the words "unless the parties agree otherwise" recognises the autonomy of the parties which underlies this provision. They may provide for different fora to have exclusive jurisdiction in respect of specific obligations or leave the choice of the forum to one of the parties.

[44] An example is seen in the Carriage of Goods by Sea Act 1991 (Australia) s. 11(2) which deprives of effect any provision in a bill of lading for the shipment of goods into or out of Australia which would "preclude or lessen" the jurisdiction of an Australian court.
[45] See the discussion in G.B. Born (*op. cit.* note 10), at pp. 414-417.
[46] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2), Nos 105 and 106 (as to lawfulness only).
[47] See the discussion of that issue and the sources cited in P.E. Nygh, "Autonomy in International Contracts", *OUP* 1999, at pp. 93-94.
[48] Contrast the 1965 Choice of Court Convention, Art. 1(1) which referred the issue to "the internal legal system or systems of that State". No such provision occurs in the present Convention. For a discussion of the situation in the UK, see A. Briggs and P. Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 2nd ed., London, Lloyd's of London Press, 1997, at pp. 71-72. For Switzerland, see C. Bernasconi and A. Gerber (*op. cit.* note 40), at p. 57.

[49] Some national laws may require such a connection: see the Swiss Federal Act on Private International Law of 18 December 1987, Art. 5(3); in the Netherlands, see the *Piscator* case, *Hoge Raad*, 1 February 1985 [1985] *NJ* 689, requiring "a reasonable connection" before a Dutch court can assume prorogated jurisdiction.
[50] This conclusion is reinforced by the provisions in Art. 22(1) of the preliminary draft Convention.

78 Les termes «seuls compétents» dans cette disposition indiquent que cette compétence est dérogatoire par rapport à toutes les règles de compétence posées par la Convention, y compris les règles de compétence fondées sur le droit national, auxquelles il reste possible de recourir du fait de l'article 17. Les tribunaux dont la compétence ne peut pas être exclue sont: le tribunal devant lequel le défendeur a comparu volontairement, en application de l'article 5, les tribunaux désignés par les règles de compétence de protection des articles 7 et 8 et les tribunaux dont la compétence est exclusive du fait de l'article 12. Le tribunal à la compétence duquel la clause déroge doit décliner sa compétence en faveur du tribunal désigné s'il s'agit du tribunal d'un État contractant: l'exercice discrétionnaire de la compétence, qui permet à des juridictions de pays de *common law* de se déclarer compétentes à l'encontre d'une clause attributive de juridiction, est incompatible avec les termes de la Convention. Du fait de l'article 26, un jugement rendu sur la base d'une compétence exercée en violation d'une clause attributive de juridiction, que cette compétence résulte du chapitre II de la Convention ou du droit national dans la mesure autorisée par l'article 17 «ne peut pas être reconnu ni exécuté».

Effet du choix d'un tribunal d'un État contractant

79 Le tribunal de l'État contractant qui a été choisi par une clause attributive de juridiction valable, exclusive ou non exclusive, devient compétent, même s'il ne l'était pas en vertu des dispositions du chapitre II. Toutefois, dans la mesure où la Convention ne cherche pas à modifier les règles internes de compétence, l'accord ne peut pas donner compétence à un tribunal dont la compétence d'attribution est limitée par le droit national, par exemple aux questions de procédures collectives ou aux actions matrimoniales.

Choix d'un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant

80 Dans la seconde phrase du paragraphe 1, une disposition spécifique est consacrée au choix d'un tribunal d'un État non contractant. En principe, l'effet est le même: l'accord, sous réserve qu'il remplisse les conditions déjà mentionnées, exclut la compétence des États contractants qui auraient pu être désignés par les règles de la Convention, sauf accord des parties. Mais la Convention ne peut pas imposer ou conférer une compétence aux tribunaux d'États non contractants. C'est pour cela que les tribunaux des États contractants peuvent choisir de surseoir à statuer, en attendant de voir si le tribunal ou les tribunaux désigné(s) accepte(nt) ou non leur compétence. Ils peuvent aussi se déclarer incompétents sans attendre cette vérification tant que le tribunal élu ne s'est pas lui-même déclaré incompétent. Ce qui leur est interdit, c'est de décider d'exercer la compétence, tant que le tribunal élu n'a pas de son côté refusé d'exercer sa propre compétence.

Clauses attributives de juridictions et mesures provisoires et conservatoires

81 Dans l'article 4, la Commission spéciale n'a pas prévu de disposition sur la question de savoir si les tribunaux des États contractants peuvent se déclarer compétents pour accorder des mesures provisoires et conservatoires, malgré le choix exclusif exercé par les parties en faveur du tribunal d'un autre État contractant. Il ressort de la lecture de l'article 13(1) (à supposer que l'art. 4(3) ne soit pas applicable), que les tribunaux saisis malgré les dispositions d'une clause attributive de juridiction ne pourront prononcer de mesure provisoire et conservatoire, faute d'être compétents pour connaître du fond. Mais cette réserve ne s'applique pas aux tribunaux désignés par l'article 13(2) et (3). Dans cette mesure, des mesures provisoires et conservatoires pourront être prises pour des biens situés sur le territoire du for, de même que pourra être prononcée, malgré une clause attribuant compétence exclusive, une mesure provisoire dont l'efficacité sera limitée uniquement au territoire du juge saisi et destinée à la protection temporaire d'un action au fond déjà pendante.

Clauses attributives de juridictions dans les actes constitutifs de trusts

82 Ces clauses font l'objet de l'article 11, *infra*, qui pose des règles spécifiques sur l'efficacité et la forme des clauses attributives de juridictions contenues dans l'acte constitutif d'un trust résultant tant d'un accord que d'une stipulation unilatérale, donation ou testament. Dans cette mesure, et sous réserve de l'article 4(3), les dispositions de l'article 4 ne s'appliquent pas aux clauses attributives de juridiction contenues dans un acte constitutif de trust, qui relèvent de l'article 11.

Paragraphe 2 – Validité formelle

83 Ce paragraphe pose les conditions qui doivent être réunies pour que l'accord soit valable en la forme. Il pose des conditions alternatives qui forment à la fois les exigences minimales et maximales et qui, par conséquent, excluent l'application des lois nationales sur cette question. Une proposition visant à admettre qu'une clause soit formellement valable si elle a été conclue sous une forme acceptée par le tribunal saisi a été rejetée par la Commission. De la même façon, il est exclu qu'un État contractant puisse exiger le respect d'autres exigences formelles, comme par exemple le fait que la clause soit rédigée dans une lange particulière ou soit signée par chacune des parties. La charge de la preuve du respect de ces conditions pèse sur la partie qui invoque l'accord.

84 Les termes «conclue ou confirmée» s'appliquent à chacune des méthodes décrites dans les lettres *a)* à *d)*, inclusivement.

Lettres a) *et* b) – *Forme enregistrée*

85 La méthode principale pour prouver l'existence d'un accord d'élection de for consiste à renvoyer à un texte qui peut être consigné par écrit ou sous une autre forme susceptible d'être conservée pour un usage futur, comme un message électronique. L'accord d'origine ne doit pas nécessairement faire l'objet d'un écrit: il peut s'agir d'un accord oral. Il suffit que l'accord ait été ensuite confirmé sous une forme enregistrée[51]. Il s'ensuit que la signature par chacune des parties n'est pas essentielle; l'acceptation ou la confirmation de l'accord enregistré peut être établi par d'autres moyens. Un accord sur le choix d'une juridiction peut être incorporé dans un autre document ou confirmé par la référence qui y est faite dans un autre document, comme des conditions générales de vente internationale. Dans cette situation, pour répondre aux exigences des lettres *a)* et *b)*, la référence ou la confirmation doit être enregistrée, sous forme écrite ou par un autre moyen de communication. Manifestement, une acceptation formellement consignée de la part de la partie à qui la clause a été proposée serait la meilleure des preuves. Mais elle n'est pas essentielle: l'accord peut être inféré d'autres actes ou actions, ou même du défaut d'opposition pendant un temps déterminé. De la même façon, il n'est pas nécessaire que la partie à qui on oppose la clause ait donné une confirmation écrite ou consignée par d'autres moyens.

[51] Comp. avec l'art. 17 (a) de la Convention de Bruxelles qui parle de «confirmation écrite». L'utilisation du terme «confirmé» laisse penser que ce qui est nécessaire est une véritable acceptation écrite, plutôt qu'un simple enregistrement de l'accord.

78 The term "exclusive" in this connection means in derogation of fora which otherwise would have had jurisdiction under the Convention, including jurisdiction under national law preserved by Article 17. The fora which cannot be excluded are: a forum in which the defendant has subsequently appeared in accordance with Article 5, the protected fora provided for in Articles 7 and 8, and the exclusive fora provided for in Article 12. The derogated forum must decline jurisdiction in favour of the chosen forum if it is a court of a Contracting State: the exercise of a discretion to accept jurisdiction notwithstanding a choice of forum clause as exists under the common law, is inconsistent with the Convention. Under Article 26 a judgment based on a jurisdiction exercised in breach of a choice of court agreement, whether based on a required jurisdiction under Chapter II or a national jurisdiction permitted by Article 17, "shall not be recognised or enforced".

Effect of choice of a court of a Contracting State

79 The court of a Contracting State which has been selected in a valid selection clause for either exclusive or non-exclusive competence thereby gains jurisdiction even though it might not otherwise have been able to exercise a required jurisdiction under Chapter II. However, since the Convention does not seek to alter internal rules of jurisdiction, the agreement cannot confer jurisdiction on a court whose jurisdiction under its national law is limited as to subject matter, *e.g.*, to bankruptcy or matrimonial causes.

Choice of court or courts of a non-Contracting State

80 In the second sentence of paragraph 1 provision is made in respect of the choice of forum in a non-Contracting State. In principle the effect is the same: the agreement, provided it complies with the conditions referred to above, excludes the fora of Contracting States which might otherwise have jurisdiction under the Convention, unless the parties have agreed otherwise. But the Convention cannot impose or confer jurisdiction on courts of non-Contracting States. For that reason the courts of Contracting States have the option of suspending proceedings to see whether or not the court or courts chosen will accept that jurisdiction. They can also decline jurisdiction without waiting for that determination provided the court chosen has not already declined jurisdiction. What they cannot do is to proceed with the exercise of jurisdiction before the court chosen has declined it itself.

Choice of court clauses and provisional and protective measures

81 The Special Commission did not make express provision in Article 4 concerning the jurisdiction of courts in other Contracting States to take provisional and protective measures where there exists a choice of court clause which is exclusive of those fora. From a reading of Article 13(1) it appears (assuming that Art. 4(3) does not apply) that the derogated fora are not competent to exercise jurisdiction under Article 13(1) because they will lack jurisdiction to determine the merits of the case. But this restriction does not apply to the courts mentioned in Article 13(2) and (3). Hence protective and provisional measures can be taken in relation to property situated within the forum or, on an interim basis with effect only within the territory of the forum State, notwithstanding an exclusive choice of court clause, in order to protect a pending claim on the merits.

Choice of court clauses in trust instruments

82 These are dealt with in Article 11 below which makes its own provisions as regards effect and form and applies both to choice of court clauses in trust agreements and unilateral stipulations made by deed or will. Apart from Article 4(3), the provisions of Article 4 therefore have no application to a choice of court clause contained in a trust instrument falling within Article 11.

Paragraph 2 – Formal validity

83 This paragraph sets out the conditions which must be met for the validity as to form of the agreement. They set out, in alternatives, conditions which are both minimum and maximum requirements and thus exclude the application of national law on the subject. A proposal that reference could also be made to any form accepted by the court seised was rejected by the Commission. Nor will it be open to a Contracting State to impose additional formal requirements such as that the agreement should be in a particular language or that it should be signed by each of the parties. The onus of proving that the conditions have been complied with rests upon the party seeking to rely on the agreement.

84 The words "entered into or confirmed" apply to each of the methods described in sub-paragraphs *a)* to *d)* inclusive.

Sub-paragraphs a) *and* b) – *Recorded form*

85 The major method of proving the existence of an agreement as to choice of court is by reference to a text which is either recorded in writing or in some other form, such as an electronic message, which can be preserved for future reference. The original agreement need not be in recorded form: it can be made by oral agreement. It is enough that the agreement was afterwards confirmed in recorded form.[51] It follows that a signature by either party is not essential; acceptance or confirmation of the recorded agreement can be established by other means. An agreement as to choice of court may be incorporated or confirmed by reference to another document, such as international terms of trade. In that case the reference or confirmation should, in order to qualify pursuant to sub-paragraphs *a)* and *b)*, be in recorded form. Obviously a formal recorded acceptance by the party to whom the proposal for a choice of court is made will serve as best evidence. But it is not essential: assent may be inferred from other acts or behaviour or even a failure to raise a timely protest. Nor does the confirmation in recorded form have to come from the party against whom the agreement is pleaded.

[51] Compare Art. 17 (a) of the Brussels Convention which refers to "evidenced in writing". The use of the word "confirmed" would appear to require a more positive assent to the clause than a mere recording.

Lettre c) – *Usage régulièrement suivi par les parties*

86 Dans ce cas, la forme écrite ou sa consignation par un autre moyen est inutile. L'accord peut être conclu ou confirmé oralement, voire tacitement, si telle est la pratique régulière des parties dans leurs relations contractuelles. Le meilleur exemple d'une clause tacite est celui de deux parties qui, après avoir conclu par écrit un contrat contenant une clause attributive de juridiction pour une transaction particulière, ont conclu des transactions postérieures sans nouvel accord écrit. Dans cette situation, il est possible de présumer que les parties ont entendu maintenir les termes de leur relation contractuelle[52].

Lettre d) – *Usage dans une branche commerciale particulière*

87 Dans ce cas encore, la forme écrite ou sa consignation par un autre moyen est inutile. L'accord ou la confirmation peuvent être purement verbaux voire tacite, s'ils résultent d'une certaine conduite ou de l'absence de contestation d'un usage établi. Cette disposition diffère de la précédente en ce que l'usage ne doit pas nécessairement refléter la pratique antérieurement suivie par les parties. Toutefois, il doit s'agir d'un usage (i) dont les parties avaient ou étaient censées avoir connaissance et (ii) régulièrement observé par les parties à des contrats de même nature dans la branche commerciale en cause.

Paragraphe 3 – Absence de validité de certains accords

88 Le paragraphe 3 refuse de valider certains accords attributifs de compétence qui violent les restrictions imposées par les articles 7 (contrats conclus par des consommateurs) et 8 (contrats individuels de travail) ou qui ne sont pas compatibles avec les compétences exclusives prévues à l'article 12. Du fait des termes par lesquels s'ouvre l'article 5, il est clair qu'un accord visant à attribuer une compétence non exclusive à un tribunal qui n'est pas celui exclusivement compétent au sens de l'article 12 serait lui aussi inefficace[53]. Des restrictions de même nature sont imposées aux clauses attributives de juridiction contenues dans des actes constitutifs de trusts.

Article 5 – Comparution du défendeur

Paragraphe 1 – Absence de contestation de la compétence

89 L'article 5 traite de la compétence fondée sur l'absence de contestation par le défendeur de la compétence du tribunal saisi. Du fait de sa comparution, le défendeur confère au tribunal saisi une compétence obligatoire dont il aurait pu être dépourvu sans cela. Un jugement rendu sur une telle compétence est susceptible d'être reconnu dans les conditions posées par le chapitre III de la Convention, quelle que soit la règle de compétence invoquée au départ par le demandeur. La solution s'applique si le tribunal saisi a au départ utilisé l'une des règles de compétence nationale dont l'utilisation est autorisée par l'article 17. Si le défendeur se défend au fond sans contester la compétence, le jugement obtenu sera considéré comme rendu par un tribunal compétent du fait de l'article 5. En s'abstenant de contester la compétence, un chef de compétence de la «zone grise» devient un chef de compétence admis. Cependant, la compétence susceptible d'être contestée est celle qui est instituée par la Convention, c'est-à-dire la compétence fondée sur les articles 3 à 16 inclus de la Convention. Le défendeur, dans une procédure fondée uniquement sur une compétence de l'article 17, devrait attirer l'attention du tribunal sur le fait que celui-ci est dépourvu de compétence en vertu de ces dispositions.

90 La compétence fondée sur la comparution volontaire de l'article 5 peut aussi être acceptée quand le tribunal a fondé sa compétence sur un chef de compétence interdit par l'article 18. Dans ce cas, la compétence du tribunal est fondée sur la comparution volontaire du défendeur, ou sur la prorogation tacite et non sur le seul fondement de «l'un ou plusieurs des critères» posés par l'article 18(2). De la même façon, la comparution du défendeur efface toute clause antérieure attribuant compétence exclusive à un autre tribunal: la comparution peut en effet être analysée comme une variante d'un tel accord, sous une forme tacite. Enfin, les restrictions que les articles 7 (contrats conclus par des consommateurs) et 8 (contrats individuels de travail) imposent aux accords sur la compétence, ne sont pas non plus applicables à l'article 5.

91 La seule limite à l'article 5 est celle qui est imposée par l'article 12. Un défendeur ne peut pas conférer compétence à un tribunal par comparution volontaire si c'est le tribunal d'un autre État contractant qui est exclusivement compétent du fait de l'article 12. Si l'existence d'une compétence exclusive n'est pas soulevée par les parties, le juge devra la soulever d'office. Du fait de l'article 26, un jugement rendu sur la base d'une compétence qui viole l'article 12 ne sera pas reconnu ou exécuté. Le fait que les parties ne soulèvent pas cette question ne peut suffire à remédier à cette irrégularité.

Paragraphe 2 – Droit de contester la compétence

92 Dans de nombreux systèmes juridiques, il est possible de soulever l'incompétence à un stade préliminaire, avant toute défense au fond. Plusieurs systèmes peuvent même exiger qu'il en soit ainsi. Dans d'autres systèmes, le défendeur peut être autorisé, voire contraint, à soulever l'exception d'incompétence et à se défendre au fond simultanément. La procédure à suivre relève du droit national du tribunal saisi; toutefois, dans chacune de ces situations, le défendeur ne peut être obligé de se soumettre à la compétence du tribunal saisi. Dans la plupart des droits nationaux, le tribunal peut exercer une compétence au fond s'il rejette l'exception d'incompétence soulevée par le défendeur. De par l'article 5, si le défendeur conteste la compétence dans le temps imparti, le tribunal saisi ne sera pas automatiquement compétent, même si le défendeur décide ensuite de participer pleinement au procès engagé au fond. Si le tribunal saisi au départ estime pour répondre à l'exception soulevée qu'il est compétent en application de l'une ou plusieurs des règles de compétence posées par les articles 3 à 16 de la Convention, le jugement rendu sera susceptible de reconnaissance en application du chapitre III de la Convention. Toutefois, en application de l'article 27, le tribunal requis devra lui-même vérifier la compétence du tribunal d'origine et pourra parvenir à une conclusion opposée, sauf sur les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence. Si le tribunal saisi au départ estime qu'il est compétent sur le fondement d'une règle du droit national en application de l'article 17, le jugement rendu ne sera pas susceptible de reconnaissance en application du chapitre III de la Convention. Si le défendeur ne comparaît pas du tout, l'article 5 n'est pas applicable.

93 Quand, en application du chapitre III, la reconnaissance et / ou l'exécution est demandée, le tribunal requis devra vérifier, en application de l'article 27, si le tribunal d'origine était compétent au sens de l'article 5. Ceci pourrait conduire le tribunal requis à estimer que l'attitude du défendeur, qui a été considérée comme une comparution volontaire par le tribunal d'origine, n'en est pas une au sens du droit de l'État du juge requis. Dans la mesure où les procédures nationales peuvent

[52] Cette situation s'est présentée dans l'arrêt *Iveco c. Fiat*, CJCE 11 nov. 1986, *Rec.* 1986, p. 3337.
[53] Voir aussi *infra*, art. 26.

Sub-paragraph c) – *Regular usage by the parties*

86 In this case no record of the agreement or its confirmation is required. The agreement may be entered into or confirmed orally, if that is the regular practice of the parties, or even tacitly. The most obvious example of the latter is that of parties who originally had entered into a written contract for a particular transaction which contained a choice of court clause and thereafter continued to enter into similar transactions without entering into a new written contract. In that case the assumption may be made that the parties continued to deal on the same terms.[52]

Sub-paragraph d) – *Usage in the particular trade*

87 Here again no record of the agreement or its confirmation is required. The agreement or confirmation may be oral or even tacit as indicated by behaviour or a failure to object to the regular usage. It differs from the previous sub-paragraph in that the usage need not reflect previous practice between the parties. However, it must be a practice (i) of which the parties were actually aware or ought to have been aware and also be (ii) one which is regularly observed by parties to contracts of the same nature in the particular trade or commerce concerned.

Paragraph 3 – Invalidity of certain agreements

88 Paragraph 3 invalidates agreements for the choice of court which offend against the restrictions imposed by Articles 7 (consumer contracts) and 8 (employment contracts) or which are inconsistent with the exclusive jurisdictions defined in Article 12. It is apparent from the opening words of Article 5 that an agreement to confer non-exclusive jurisdiction on a court other than one invested with exclusive jurisdiction under Article 12 would also be ineffective.[53] Similar restraints are imposed in relation to choice of court provisions in trust instruments.

Article 5 – Appearance by the defendant

Paragraph 1 – Submission to the jurisdiction

89 Article 5 deals with jurisdiction based on the submission of the defendant. By its submission the defendant confers upon the court a required jurisdiction under the Convention which the court may not otherwise have possessed. A judgment based on such jurisdiction is entitled to recognition under Chapter III of the Convention whatever the jurisdiction may have been on which the plaintiff originally proceeded. This applies where the court has initially assumed jurisdiction on a basis provided by national law which is tolerated under Article 17. If the defendant proceeds on the merits without contesting the jurisdiction, the resulting judgment will then be based on the required ground of jurisdiction provided for in Article 5. By the failure to contest the jurisdiction, "grey zone" jurisdiction is converted into required jurisdiction. The jurisdiction, however, which the defendant should contest is jurisdiction under the Convention, that is to say, jurisdiction arising under Articles 3 to 16 inclusive of the Convention. The defendant in an action based solely on Article 17 jurisdiction should point out that the court lacks jurisdiction under those Articles.

90 Required jurisdiction by submission under Article 5 can also arise in cases where the court has assumed jurisdiction on one of the grounds proscribed in Article 18. In that case, the jurisdiction of the court is based on the submission of, or tacit prorogation by, the defendant and not "on the basis solely of one or more" of the grounds set out in Article 18(2). By the same token the submission of the defendant displaces any previous agreement that another court shall have exclusive jurisdiction: the submission can be seen as a tacit variation of that agreement. Nor is Article 5 subject to the restrictions imposed on the assumption of jurisdiction by Article 7 (consumer contracts) and Article 8 (employment contracts).

91 The only restriction on Article 5 is that imposed by Article 12. A defendant cannot confer jurisdiction on a court by submission if another court in a Contracting State has exclusive jurisdiction under Article 12. If the issue of exclusive jurisdiction is not raised by one of the parties, it will be the duty of the court to raise it on its own motion. A judgment which is based on a ground of jurisdiction which conflicts with Article 12 shall under Article 26 not be recognised or enforced. The failure of the parties to raise that issue cannot cure the defect.s

Paragraph 2 – The right to contest jurisdiction

92 In many legal systems it is possible to raise the issue of lack of jurisdiction as a preliminary issue before the first defence is filed. Some systems may require that this be done. In other systems the defendant may be permitted or even required to enter a defence on the merits and raise an objection to the jurisdiction simultaneously. Whatever procedure should be followed is a matter for the national law of the court seised, but in either case the defendant has not submitted to the jurisdiction. Under most national legal systems the court may assume substantive jurisdiction over the defendant if it rejects the objections to the jurisdiction. Under Article 5 the fact that the defendant has contested the jurisdiction in timely fashion will prevent the court from having jurisdiction even if the defendant thereafter fully participates in the litigation on the merits. If the court originally seised finds in answer to the objection that it has jurisdiction on the basis of one or more of the required grounds set out in Articles 3 to 16 of the Convention, the resulting judgment may be entitled to recognition under Chapter III of the Convention. However, under Article 27, except in relation to the findings of fact on which the court of origin based its jurisdiction, the court addressed must itself verify the jurisdiction of the court of origin and may come to a different conclusion. If the court originally seised finds that it only has jurisdiction under national law pursuant to Article 17, the resulting judgment will not be entitled to recognition under Chapter III. If the defendant does not appear at all, Article 5 has no application.

93 When recognition and / or enforcement is sought under Chapter III the requested court will have to verify under Article 27 whether or not the original court had jurisdiction by reason of Article 5. This may lead to a finding that an action of the defendant which was accepted as an appearance without objection to its jurisdiction by the original court does not amount to such an appearance under the national law of the requested State. Because national procedures may differ and

[52] Such a situation occurred in *Iveco Fiat v. Van Hool ECJ* 11 November 1986, [1986] *ECR*, p. 3337.
[53] See also Art. 26 below.

varier et où la Convention ne cherche pas à réglementer les questions de procédure, le tribunal requis doit prendre sa décision en application des règles de procédure du tribunal d'origine et non en application de ses règles propres, sous réserve du respect des dispositions du paragraphe 2[54].

94 Le paragraphe 2 accorde au défendeur le droit de contester la compétence. Bien que la Convention ne cherche pas à réglementer la procédure, un système juridique qui ne reconnaîtrait pas un tel droit violerait la Convention. Tant que la première défense au fond n'a pas été présentée, le défendeur peut contester la compétence. Une telle solution s'applique même si le défendeur a déjà exécuté certains actes judiciaires, par exemple, s'il a accepté la notification, ou s'il a demandé à ce que d'autres documents lui soient notifiés ou encore s'il a procédé à une comparution purement formelle sans contester la compétence[55]. La technique par laquelle l'objection à la compétence du tribunal saisi doit être soulevée relève du droit national.

95 Il va sans dire que la décision du défendeur de ne pas contester la compétence doit être prise librement et après information. La Convention n'impose au tribunal aucune obligation de vérifier pour lui-même que telle est bien la situation. Toutefois, ceci n'empêche en rien le tribunal saisi de s'enquérir du caractère libre et informé de la comparution dans les situations où une telle enquête lui semble nécessaire, par exemple lorsqu'il existe un important déséquilibre entre les parties du fait de leurs ressources ou des conditions de leur représentation ou autre[56].

96 La compétence doit être contestée par le défendeur au plus tard au moment de sa première défense au fond. Cette disposition règlemente le délai maximal pendant lequel pourra être soulevée l'exception d'incompétence. Des propositions visant à faire de ce délai un minimum, susceptible d'être étendu par application du droit national du tribunal saisi ont été rejetées par la Commission spéciale. Pour cette raison, si un défendeur ne conteste pas la compétence au plus tard au moment de sa première défense au fond, le tribunal saisi sera considéré comme compétent au sens de l'article 5, même si, en application de ses règles nationales, l'objection aurait pu être soulevée ultérieurement. La Convention ne définit pas le «moment de sa première défense au fond». Les termes renvoient au moment où la première défense au fond est effectivement présentée, et non au moment où, en application du droit national, cette défense aurait dû être présentée. Bien qu'une défense présentée après le délai prescrit soit nulle, la plupart des systèmes juridiques nationaux permettent une prorogation de ce délai. Il revient aux règles nationales de procédure de définir ce qui constitue une première défense au fond[57].

Article 6 – Contrats

97 L'article 6 définit des compétences en matière contractuelle, comme une option additionnelle au for du défendeur prévu à l'article 3. La Commission spéciale a beaucoup hésité dans la formulation de cette disposition, car l'introduction même d'un for contractuel pouvait être contestée. D'abord, il est à prévoir que, dans le domaine matériel de la Convention, de nombreux contrats comportent une clause d'élection de for valide et exclusive, et rendent par conséquent peu utile un for contractuel. En outre, l'insertion d'une disposition sur la compétence en la matière, ainsi qu'en matière délictuelle, implique des questions de qualifications – pour établir ce qui relève de l'une ou l'autre des deux matières – qui sont bien difficiles à régler de manière autonome, vu la variété de solutions retenues par les systèmes de droit nationaux[58]. En l'état actuel du texte cette qualification ne peut qu'être faite par le juge saisi soit selon son propre droit soit selon le droit désigné par ses règles de conflit de lois. Cette même qualification devrait par ailleurs être acceptée comme telle par le juge requis au stade de la reconnaissance et de l'exécution puisque l'article 27 ne lui permet pas de revenir sur cette question, la Commission spéciale n'ayant pas retenu les suggestions faites à cet égard.

98 On pourrait essayer de surmonter les difficultés découlant de la qualification des matières contractuelles et délictuelles par la prévision d'une compétence fondée sur l'activité – qui pourrait rendre inutiles les dispositions sur les contrats, les délits et les succursales – mais la définition du type et du degré d'activité nécessaire pour établir une base de compétence n'est pas sans problèmes. Après avoir longuement discuté de cette question et tenté de rédiger une disposition à cet égard, la Commission spéciale y a renoncé sauf à insérer des précisions à l'article 9 et à l'article 18, paragraphe 2, lettre *e)*[59].

99 À la question de savoir s'il est préférable d'avoir une pluralité de règles de compétence spécifique à chaque type contractuel ou plutôt une règle unique pour tous les contrats, la Convention donne une solution mixte. Sans mentionner aucun contrat spécifique, l'article 6 identifie deux catégories de contrats d'application fréquente dans la pratique, chacune pouvant inclure plusieurs contrats différents, à savoir les contrats de fourniture d'objets mobiliers corporels et les contrats de prestations de services, ainsi que les contrats qui portent à la fois sur les deux. Pour chaque catégorie la Convention établit une compétence spéciale; pour les autres contrats aucun for contractuel n'est prévu.

100 Cette compétence spéciale est fondée sur le lieu d'exécution du contrat, ce qui implique la détermination de l'obligation à prendre en compte à cette fin. Dans le but de résoudre les difficultés qui se posent en la matière et qui ressortent clairement de l'application d'autres textes conventionnels qui adoptent le lieu d'exécution en tant que rattachement du for contractuel, la Convention évite des formules générales pour définir l'obligation qui doit être prise en considération, telle l'obligation qui sert de base à la demande ou l'obligation caractéristique du contrat, et désigne directement, pour les catégories de contrats qu'elle vise, l'obligation pertinente pour la détermination du for contractuel.

Lettre a) – *Fourniture d'objets mobiliers corporels*

101 Cette catégorie de contrats inclut la vente et, vraisemblablement, tout contrat qui peut prévoir la mise à disposition d'un objet mobilier corporel, tels la sous-traitance, la location, le crédit-bail, etc. Il n'inclut pas, au contraire, les contrats de fourniture d'objets qu'on ne peut pas qualifier de mobiliers corporels, tels les actions d'une société ou les droits de propriété intellectuelle. Mais il faut noter que la Convention ne qualifie pas l'expression «objets mobiliers corporels», à la différence d'autres conventions, telle la *Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à*

[54] Une telle approche a été suivie par J. Scott dans la décision *Adams c. Cape Industries Plc* [1991] ch. 433, spéc. p. 461, où la Cour a estimé que certains actes réalisés devant la juridiction étrangère et qui n'ont pas été considérés comme suffisants pour constituer une acceptation de la compétence du tribunal saisi ne devaient pas être analysés comme une comparution volontaire pour les besoins de la reconnaissance de ce jugement en Angleterre.

[55] La notion de «comparution» est largement définie dans certains systèmes: The American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws*, 1986 Révision (Avant-projet), § 33, Commentaire b.

[56] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2), No 109.

[57] Dans la décision *Kurz c. Stella Musical GmbH* [1992] ch. 196, spéc. p. 202, J. Hoffmann a défini le «moment de la première défense au fond» dans le contexte de l'art. 18 de la Convention de Bruxelles comme «le moment où, en application des règles nationales de procédure, le défendeur expose pour la première fois sa ligne de défense».

[58] Notamment en ce qui concerne les questions de restitution ou d'enrichissement sans cause en cas de nullité du contrat, ou bien certains aspects de la responsabilité civile, qui peuvent être regardés comme contractuels ou non contractuels. Cf. à ce propos les difficultés de définition de la ligne de frontière entre contrat et délit rencontrée dans l'application de la Convention de Bruxelles (voir arrêt *Kalfelis*), qui seraient bien plus graves sans l'assistance d'une cour qui puisse interpréter la Convention.

[59] Voir ci-après le commentaire des articles mentionnés.

the Convention does not seek to regulate procedure, the requested court should make its determination in the light of the procedural law of the original court and not its own, provided the provisions of paragraph 2 have been respected.[54]

94 Paragraph 2 gives the defendant the right to contest jurisdiction. Although the Convention does not seek to regulate procedure, a legal system that did not recognise that right would be in conflict with the Convention. As long as the first defence on the merits has not yet been filed, the defendant may contest the jurisdiction. This applies even if the defendant has already filed a preliminary document such as an acknowledgement of service, an address for service for further documents or a formal entry of appearance[55] which did not raise the issue of lack of jurisdiction. The method of raising the objection to jurisdiction is a matter for national law.

95 It goes without saying that the decision by the defendant not to contest the jurisdiction must be made freely and on an informed basis. The Convention does not impose on the court any obligation to satisfy itself independently that this is the case. However, this does not prevent a court in an appropriate case, for instance, where there is a gross imbalance between the parties in resources and / or representation or other matters become apparent which give it concern, from making inquiries.[56]

96 The objection to the jurisdiction must be raised not later than at the time of the first defence on the merits. This prescribes the maximum time in which the objection can be raised. Proposals to treat this as a minimum period which might be extended according to the national law of the court seised were rejected by the Special Commission. Thus, if a defendant fails to contest the jurisdiction before or at the time of the first defence on the merits, the original court will be seen as having jurisdiction under Article 5 even if under its national rules it could have entertained an objection to its jurisdiction at any later time. The Convention does not define what is meant by "the time of the first defence on the merits". The term refers to the time when the first defence on the merits is filed in fact, not to the time when under national rules it should have been filed. Although a defence filed outside the prescribed period will be void, most national systems permit an extension of those periods. What amounts to a first defence on the merits is a matter for the national law of the original court seised to determine.[57]

Article 6 – Contracts

97 Article 6 defines jurisdiction arising from the contract, as an additional option to the defendant's forum under Article 3. The Special Commission had some difficulty in formulating this clause, aware that a challenge might be raised to the very existence of a contract forum. In the first place, it may be anticipated that in the subject area to which the Convention relates, many contracts will contain a valid, exclusive choice of court clause, which renders a contract forum redundant. Moreover, the inclusion of a clause on jurisdiction in this area, as in tort, raises issues of definition – determining what comes under the respective headings – and these issues are not amenable to independent regulation, because of the range of solutions favoured by national legal systems.[58] As the text stands at present, this characterisation can only be made by a court seised either according to its own law or according to the law designated by its conflict of laws rules. And the same characterisation must then be endorsed by the court which has to deal with the recognition and enforcement stage, since that court is debarred by Article 27 from re-opening the issue, because the Special Commission did not adopt the suggestions made in this regard.

98 An attempt might be made to overcome the problems associated with characterising matters of contract and tort by providing an activity based jurisdiction – which would render superfluous the clauses on contracts, torts or delicts and branch offices – but there is some difficulty in defining the nature and extent of activity which is necessary in order to establish a ground of jurisdiction. After lengthy discussion of this question and some attempt to draft a clause covering it, the Special Commission decided not to do so, and confined itself to inserting clarifications into Article 9 and into Article 18, paragraph 2 *e)*.[59]

99 As for the question whether it is preferable to have a number of special jurisdictional rules for each type of contract, or instead a single rule for all contracts, the Convention opts for a mixed solution. Without mentioning any specific contract, Article 6 identifies two categories of contracts which are frequently found in practice, each of which may include several different contracts, namely contracts for the supply of goods and for the provision of services, as well as contracts for both. The Convention provides special jurisdiction for each of these categories; no contract forum is provided for the other contracts.

100 This special jurisdiction is based on the place in which the contract is performed, which makes it necessary to ascertain which obligation is to be taken into account for this purpose. With a view to resolving the difficulties which arise in this area, which are evident from experience with other treaty texts which use the place of performance as a connecting factor for the contract forum, the Convention avoids using general terms to define the obligation to be taken into account, such as the obligation giving rise to the claim or the obligation which is characteristic of the contract, and designates instead, for the kinds of contract concerned covered, the obligation which is relevant for determining the contract forum.

Sub-paragraph a) – *Supply of goods*

101 This category of contracts includes sales and, possibly, any contract which makes provision for the supply of goods, such as sub-contracting, lettings, leases, etc. It does not however include contracts for the supply of objects which cannot be described as goods, such as company shares or intellectual property rights. It should be noted, however, that the Convention does not define the term "goods", unlike other Conventions, such as the Hague Convention of 15 June 1955 on the

[54] Such an approach was adopted by J. Scott in *Adams v. Cape Industries Plc* [1991] Ch. 433 at 461, where the court held that steps taken in a foreign jurisdiction and not regarded there as a submission to the jurisdiction of that court, should not be treated as a submission to that jurisdiction for the purposes of enforcement of the judgment in England.

[55] The notion of "appearance" in some systems is more broadly defined, see The American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Conflict of Laws*, 1986 Revisions (draft), §33, comment b.

[56] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2), No 109.

[57] In *Kurz v. Stella Musical GmbH* [1992] Ch. 196 at 202, J. Hoffmann defined "the time of the defendant's first defence" in the context of Art. 18 of the Brussels Convention as "the time when according to national procedure the defendant first states what his defence is".

[58] Especially as regards questions of restitution or unjust enrichment in the event of nullity of a contract, or certain aspects of civil liability, which may be regarded as contractual or non-contractual. This is akin to the problems of defining the boundary line between contract and tort which have been encountered in applying the Brussels Convention (see the *Kalfelis* judgment), which would be much more serious if there were no court to interpret the Convention.

[59] See the commentary on these Articles below.

caractère international d'objets mobiliers corporels. L'application de la disposition sur le for contractuel dépendra donc dans certains cas de la qualification donnée par la loi du juge saisi ou désignée par ses règles de conflit[60].

102 Le demandeur peut porter son action devant le tribunal de l'État dans lequel les objets ont été fournis en tout ou en partie. Il est partant nécessaire, pour fonder la compétence du tribunal saisi, qu'un principe d'exécution de la prestation de fourniture ait eu lieu. Si cela est le cas, toute action contractuelle est admise, même lorsqu'elle ne porte pas sur la fourniture elle-même, mais par exemple sur la validité du contrat. L'expression «en tout ou en partie» vise à la fois le cas où la fourniture a eu lieu intégralement dans le même pays et le cas où elle n'a eu lieu que partiellement dans le même ou dans des différents pays. Il est donc possible pour le demandeur de saisir le tribunal de n'importe quel pays où a été fournie une partie des marchandises (même infime par rapport à l'ensemble du contrat) et de demander à ce tribunal de statuer sur toutes les questions découlant du contrat. Il est également possible que le demandeur puisse avoir une pluralité de fors à sa disposition, lorsqu'une partie de la fourniture a eu lieu dans plusieurs pays. Bien que le rattachement puisse avoir souvent un contenu purement factuel, sa détermination n'exclut pas nécessairement le recours aux règles de conflit du for pour déterminer le lieu de la fourniture, notamment lorsque le litige porte sur la question de savoir si et où la fourniture a eu lieu en tout ou en partie.

Lettre b) – *Prestation de services*

103 Cette catégorie de contrats inclut tout contrat portant sur une prestation de services. Là aussi, aucune qualification de l'expression «services» n'est donnée, de telle sorte qu'elle dépendra dans une certaine mesure du juge saisi. Le rattachement est de nouveau à l'État dans lequel les services ont été rendus en tout ou en partie; les mêmes considérations faites à propos de la fourniture d'objets mobiliers corporels s'appliquent.

Lettre c) – *Prestations mixtes*

104 Cette catégorie de contrats vise les contrats portant à la fois sur une fourniture d'objets mobiliers corporels et une prestation de services. Dans ce cas, la détermination du for contractuel implique qu'on identifie au préalable la prestation principale du contrat. À cette prestation on appliquera le même principe retenu pour les autres catégories de contrats. Le for contractuel sera donc dans l'État dans lequel la prestation principale a été exécutée en tout ou en partie. Il y a lieu de remarquer que cette disposition ne vise pas les contrats portant à la fois sur plusieurs fournitures d'objets mobiliers corporels ou sur plusieurs prestations de services, pour lesquels aucune recherche de la prestation principale ne semble être admise. Sa portée consiste par conséquent à exclure qu'à l'égard d'un contrat portant à la fois sur des prestations de fourniture et de services, on puisse fonder la compétence sur le lieu d'exécution soit de l'obligation de fourniture de biens soit de celle de prestation de services.

105 Ainsi qu'il ressort de l'examen des contrats pour lesquels un for contractuel est prévu, la Convention ne règle pas la matière contractuelle de façon exhaustive. De nombreux contrats échappent au domaine d'application de l'article 6. À leur égard, un for contractuel n'est pas disponible selon la Convention. Le juge saisi peut fonder sa compétence en la matière, le cas échéant, sur le for du défendeur ou le for élu par les parties ou le for de la succursale, ou encore sur d'autres compétences prévues par le droit national, dans la mesure où elles ne sont pas interdites par la Convention. Il en est de même pour les catégories de contrats auxquelles l'article 6 se réfère, lorsque l'exécution n'a pas eu lieu et qu'aucune fourniture ni aucune prestation de services n'a été effectuée. L'article 6 ne s'appliquant pas dans ces cas, la compétence du juge saisi peut être établie sur la base des autres fors disponibles selon la Convention, y compris les fors prévus par le droit national, sauf si ces derniers tombent sous l'interdiction de l'article 18.

Article 7 – Contrats conclus par les consommateurs

106 Cet article prévoit des règles spéciales de compétence en matière de contrats de consommation, dans le but de donner une protection au consommateur à l'occasion d'actions intentées par lui ou portées contre lui. Afin d'atteindre leur but, ces compétences prévalent, dans leur champ d'application, sur les autres compétences prévues par la Convention, et dérogent également aux compétences nationales applicables en vertu de l'article 17.

107 La définition du champ d'application personnelle de l'article 7 est faite par rapport à la qualification du terme «consommateur». Deux options sont normalement proposées: l'une consiste à définir le consommateur comme la personne qui agit en dehors de son activité professionnelle ou commerciale, l'autre met l'accent sur le but spécifique pour lequel la personne agit, indépendamment du cadre dans lequel elle agit[61]. La Convention retient la deuxième option, en définissant le consommateur comme la personne qui a conclu un contrat «pour un usage étranger à son activité professionnelle ou commerciale». Cette solution correspond à celle suivie par d'autres Conventions internationales, y compris la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, conclue à Vienne le 11 avril 1980, qui exclut les ventes de marchandises pour un usage personnel, familial ou domestique (art. 2(a)), et la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, qui s'exprime dans le même sens (art. 2 *c)*)[62], ainsi que la Convention de Bruxelles, qui vise les contrats conclus par une personne «pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle» (art. 13 (1)).

108 Quant à l'autre partie au contrat, le champ d'application personnelle de la disposition est délimité par le fait qu'en concluant le contrat elle a agi dans le cadre de ses activités professionnelles ou commerciales, ainsi que le précise le paragraphe 2 ou, comme l'indique avec une formule équivalente le paragraphe 1, lettre *a)*, que la conclusion du contrat est liée aux activités professionnelles ou commerciales de cette partie.

Paragraphe 1

109 En vertu de ce paragraphe le consommateur peut porter son action devant les tribunaux de l'État de sa résidence habituelle. La protection consiste donc à permettre au consommateur de déployer sa défense judiciaire dans l'environnement qui lui est propre, sans devoir se déplacer dans un pays étranger. S'agissant d'une compétence à la disposition du demandeur, elle ne déroge pas aux autres fors disponibles aux termes de la Convention, mais s'ajoute à ces derniers. Le

[60] Il est à noter, par ailleurs, que l'expression «objets mobiliers corporels» employée dans le texte français est rendue dans le texte anglais par «*goods*», qui correspondrait mieux au terme français «marchandises»; il serait par conséquent peut-être préférable de retenir ce terme ainsi que le fait la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*.

[61] Voir M. Pelichet, «Mémoire sur les ventes aux consommateurs», Doc. prél. No 1 de mars 1979, *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, tome II, *Ventes aux consommateurs*, p. II-7 à II-26.

[62] Voir aussi le Projet d'articles sur la vente aux consommateurs adopté par la Quatorzième session de la Conférence de La Haye (art. 1), *ibid.*, p. I-60.

law applicable to international sales of goods. Whether the provision on the contract forum is applied will therefore depend, in some instances, on the definition given by the law of the court seised or that designated by its conflict of law rules.[60]

102 The plaintiff can bring suit before the courts of the State in which the goods were supplied, in whole or in part. It is therefore necessary, in order for the court seised to have jurisdiction, for a principal obligation to have been performed. If that is the case, any action relating to the contract will be admissible, even if it does not bear upon the supply itself, but instead, for instance, on the validity of the contract. The term "in whole or in part" refers both to cases in which the goods were supplied entirely within one country, and cases in which only part was supplied in one country or in different countries. It is therefore possible for the plaintiff to apply to the courts of any country in which part of the goods were supplied (even a tiny part in relation to the whole of the contract) and to ask the court to decide upon all the issues arising from the contract. It is equally possible that the plaintiff may have several courts available to him, if part of the goods were supplied in a number of different countries. Although the connecting factor will often be of a purely factual nature, the process of ascertaining it does not necessarily exclude recourse to the conflict rules of the forum in order to decide where the supply took place, especially where the dispute is about whether the supply was in whole or in part.

Sub-paragraph b) – *Provision of services*

103 This category of contracts includes any contract for the provision of services. Here again, there is no definition of the term "services", and so the definition will depend to some extent on the court seised. Once more, the connection is with the State in which the services were performed, in whole or in part; the same considerations apply as to the supply of goods.

Sub-paragraph c) – *Combinations of goods and services*

104 This category of contracts covers those which involve both a supply of goods and the provision of services. In this case, deciding which is the forum of the contract implies a decision from the outset on which is the principal element of the contract. The same principle will then apply to this element as to the other categories of contract. The forum of the contract will therefore be in the State in which the main element was furnished, in whole or in part. It should be observed that this clause does not cover contracts relating to several different supplies of goods or to several services; for these, there will be no attempt to establish which is the main element. Consequently, its effect will be that where a contract involves both goods and services, it will not be possible to base jurisdiction on the place where the obligation to supply the goods or provide the services can be enforced.

105 On reviewing the contracts for which a contract forum is provided, it is evident that the Convention does not govern each and every category of contracts. There are many contracts which lie outside the scope of Article 6. For these, there is no contract forum under the Convention. The court seised may base its jurisdiction for these, as appropriate, on the defendant's forum, the forum chosen by the parties or the forum of the branch office, or indeed on other grounds of jurisdiction provided for by national law and which are not prohibited under the Convention. The same applies to the categories of contracts to which Article 6 refers, when there has been no performance and no services have been provided. As Article 6 does not apply in these cases, the jurisdiction of the court seised may be established on the basis of the other fora available under the Convention, including those available under national law, unless they are caught by the prohibition in Article 18.

Article 7 – Contracts concluded by consumers

106 This Article lays down special rules of jurisdiction for consumer contracts, in order to provide protection for a consumer who initiates court proceedings or has an action brought against him. In order to achieve their purpose, these grounds of jurisdiction take priority wherever they apply over the other grounds of jurisdiction laid down in the Convention, and also derogate from the national grounds of jurisdiction under Article 17.

107 The personal scope of Article 7 is defined by reference to the term "consumer". There are two standard options: one is to define the consumer as a person acting outside his trade or profession, and the other emphasises the specific purpose for which the person is acting, regardless of the context.[61] The Convention takes the second option, defining the consumer as a person who has concluded a contract "for a purpose which is outside its trade or profession". This solution is the same as the one adopted in other international Conventions, such as the *United Nations Convention on contracts for the international sale of goods*, concluded at Vienna on 11 April 1980, which excludes sales of goods for personal, family or domestic use (Art. 2(a)) and the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods*, which has a similar provision (in Art. 2 *c)*),[62] and the Brussels Convention, which covers contracts concluded by a person "for a purpose which can be regarded as being outside his trade or profession" (Art. 13 (1)).

108 As for the other party to the contract, the personal scope of the clause is delimited by the fact that in concluding the contract this person acted in the course of its trade or profession, as specified in paragraph 2 or, as the similar wording in paragraph 1 *a)* has it, that the conclusion of the contract is related to trade or professional activities on its part.

Paragraph 1

109 By virtue of this paragraph, the consumer may bring suit before the courts of the State in which he is habitually resident. The protection therefore lies in enabling the consumer to use the weapons of a legal defence in his or her own environment, without having to go to a foreign country. The jurisdiction available to the plaintiff does not derogate from the other fora open to him or her under the Convention, but

[60] It should also be noted that the term "*objets mobiliers corporels*" in the French text appears in the English version as "goods", which is a closer equivalent of the French term "*marchandises*". It would perhaps be best to use this term in the French version, as is done in the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods.*

[61] See M. Pelichet, "Memorandum on Consumer Sales", Prel. Doc. No 1 of March 1979, *Actes et documents de la Quatorzième session (1980)*, Tome II, *Consumer sales*, pp. II-7-II-26.

[62] See also the draft Articles on consumer sales adopted by the Fourteenth Session of the Hague Conference (Art. 1), *ibid.*, p. I-60.

consommateur demeure ainsi libre d'utiliser le for du défendeur (art. 3), le for contractuel (art. 6) ou encore le for de la succursale (art. 9), dans les cas où ces derniers ne coïncident pas avec le for de protection.

110 La possibilité pour le consommateur-demandeur de recourir au for de sa résidence habituelle n'est toutefois pas illimitée. Elle n'existe que si la personne qui a conclu le contrat dans le cadre de ses activités professionnelles ou commerciales a tenu un comportement actif pour atteindre le consommateur dans le pays de sa résidence.

111 Deux conditions sont posées dans ce contexte: *a)*, que le défendeur ait exercé dans l'État de résidence du consommateur, ou dirigé vers cet État, des activités, notamment en sollicitant des affaires par des moyens de publicité, et que le contrat soit lié à ces activités; et *b)*, que le consommateur ait accompli les démarches nécessaires à la conclusion du contrat dans cet État. Du premier point de vue n'importe quel moyen de publicité permettant d'atteindre le consommateur à sa résidence est visé par la disposition: à côté des moyens de communication traditionnels (tels la poste, la presse, le téléphone ou la télévision), les moyens électroniques peuvent également jouer à cet égard, lorsque par exemple la publicité ou une offre de contracter sont faites par l'intermédiaire d'Internet[63]. Sous le deuxième aspect, il est indispensable que le consommateur ait accompli l'activité nécessaire à la conclusion du contrat dans le pays où il réside, selon n'importe quelle modalité, et y compris en utilisant son ordinateur pour répondre à une offre par Internet. Il s'ensuit que la règle de compétence ne s'applique pas si le consommateur s'est rendu à l'étranger pour contracter ou a adressé lui-même l'offre de contracter sans que le défendeur ait exercé une activité quelconque dans l'État du consommateur ou dirigé une publicité vers cet État[64].

Paragraphe 2

112 Ce paragraphe établit que le cocontractant du consommateur ne peut intenter une action en matière contractuelle contre celui-ci que devant les tribunaux de l'État de la résidence habituelle du défendeur, et donc devant le for général de ce dernier. Sa portée est par conséquent tout simplement d'exclure dans ce cas tout autre for prévu par la Convention, et notamment le for contractuel de l'article 6. Ici aussi la protection consiste en l'avantage pour le consommateur de se défendre en justice dans son pays, sans être obligé à se déplacer, dans le cas où le for contractuel ne coïncide pas avec le lieu de sa résidence.

Paragraphe 3

113 Ce paragraphe vise à limiter la liberté dont disposent normalement les parties, en vertu de l'article 4, de choisir le for compétent pour connaître des différends nés ou à naître entre elles. Il s'agit de protéger la partie faible au contrat et d'éviter que la partie plus forte puisse lui imposer de soumettre des litiges éventuels à un tribunal peu commode pour sa défense. À la lumière du but de protection dont la disposition s'inspire, la restriction à la liberté d'élection de for n'est pas absolue. D'abord, elle ne vise pas tous les contrats de consommation, mais uniquement les contrats décrits au paragraphe 1, qui ont été conclus dans les circonstances indiquées par ce paragraphe. En outre, une élection de for doit toujours être admise en présence de deux conditions. La première concerne le moment où la convention attributive de compétence est conclue. Si la convention est postérieure au différend, elle est admissible. Le mot « différend » ne vise pas la soumission d'une action à un juge, mais plutôt le désaccord entre les parties sur une question déterminée, tel qu'une action en justice est imminente[65]. En deuxième lieu, la validité de la clause d'élection de for ne saurait être contestée lorsque, et dans la mesure où, sa portée est de permettre au consommateur de saisir un autre tribunal, en plus de ceux qui sont prévus par la Convention. Dans la mesure où la clause offre au consommateur un choix plus vaste, elle a en réalité pour effet de renforcer sa protection et il n'y a pas lieu de l'interdire. Les deux conditions ne sont pas cumulatives. Aussi, l'existence de l'une d'entre elles suffit pour valider l'élection de for. Quant aux autres conditions de validité de la convention attributive de compétence, l'article 4 s'applique, en vertu du renvoi exprès que lui fait le paragraphe 3[66].

114 La question se pose de savoir si ces restrictions à l'élection de for sont adéquates pour le commerce électronique: la question a été discutée par la Commission spéciale, et elle a été maintenue sans modification. Toutefois, des propositions ont été faites, visant à permettre aux États qui estiment que les consommateurs établis sur leur territoire pourraient conclure des accords d'élection de for moins restrictifs, d'admettre la validité de ces accords, dans la mesure où ils concernent ces consommateurs. Ces aspects seront approfondis au cours de la Session diplomatique.

Article 8 – Contrats individuels de travail

115 À côté des règles spéciales de compétence en matière de contrats conclus avec les consommateurs, la Convention prévoit des compétences spéciales pour le contrat individuel de travail. Ici aussi, le but est de soustraire un contrat caractérisé par un déséquilibre de positions entre les parties à l'application des règles ordinaires de compétence, et de fournir des éléments de protection à la partie faible au stade de la détermination de la compétence internationale.

116 Malgré la constatation de l'inopportunité de soumettre le contrat de travail aux règles de compétence ordinaire, l'inclusion dans l'avant-projet de Convention de règles spécifiques à ce sujet n'a pas été incontestée au cours des travaux de la Commission spéciale. On a remarqué, en effet, en faveur d'une exclusion du contrat de travail du domaine de la Convention, que la pratique en cette matière est en évolution et montre des phénomènes nouveaux de déplacement de travailleurs qu'il serait peu sage d'encadrer selon les critères traditionnels. Encore, quant à la solution des litiges dans ce domaine, celle-ci est caractérisée par le recours croissant à des solutions alternatives à la voie judiciaire qui s'expriment dans des formes de médiation et de conciliation. Enfin, on a fait valoir que la matière du travail est regardée d'une façon différente dans les divers systèmes de droit et que le contentieux est soumis dans bien des pays, surtout en Amérique latine, à des juridictions spécialisées ayant une nature administrative plutôt que judiciaire. Tout en prenant en compte ces remarques, la Commission spéciale a estimé qu'une disposition expresse en matière de contrat de travail conservait son utilité pour couvrir les situations ordinaires qui continuent à se présenter fréquemment dans la pratique et qui demandent une approche de protection du travailleur impliqué dans des activités à niveau international.

117 Quant à son domaine personnel, l'article 8 ne donne aucune définition de ce qu'il convient d'entendre par « tra-

[63] Il y a lieu de rappeler que le fonctionnement des dispositions de l'avant-projet de Convention pour les besoins du commerce électronique, tout en ayant été examiné par la Commission spéciale, était à nouveau examiné par un Groupe d'experts au début de l'an 2000 (voir le Doc. Prél. No 12 d'août 2000, ci-dessous p. 314 du présent tome).
[64] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 8 de novembre 1997 (*op. cit.* No 5), Nos 49 et s.

[65] Voir en ce sens le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), *sub* art. 12 à propos de la règle analogue figurant dans la Convention de Bruxelles.
[66] Voir dans le même sens le Rapport Schlosser (*op. cit.* note 10), No 161, à propos de la disposition analogue de la Convention de Bruxelles, bien qu'elle ne contienne pas de renvoi à l'art. 17.

is additional to these. A consumer therefore remains free to use the defendant's forum (Art. 3), the forum of the contract (Art. 6) or even the forum of the branch (Art. 9) where the latter are not the same as the protective forum.

110 However, the option given to the consumer-plaintiff of using the forum of his habitual residence is not unlimited. It exists only where the person who concluded the contract in the course of its trade or profession has actively sought to reach the consumer in the country of the latter's residence.

111 Two conditions are made here: *a)* that the defendant has engaged in trade or professional activities in the State of the consumer's residence, or directed such activities to that State, in particular by soliciting business through means of publicity, and that the contract is related to these activities; and *b)* that the consumer has taken the steps necessary for the conclusion of the contract in that State. From the former point of view, any means of publicity whereby the consumer can be reached at his place of residence is covered by the clause; alongside the traditional means of communication (such as the post, the press, the telephone or television), electronic means of communication may also be used, where for instance publicity or an offer to contract are posted on the Internet.[63] Regarding the second aspect, it is essential for the consumer to have performed the activity required to conclude the contract in the country in which he lives, by whatever method, including using his computer to respond to an Internet offer. It follows that the jurisdictional rule does not apply if the consumer has gone abroad in order to contract, or has himself sent the contract offer, without the defendant carrying on any activity in the State of the consumer or directing any publicity towards that State.[64]

Paragraph 2

112 This paragraph establishes that a contract claim against the consumer by his co-contractor can only be brought before the courts of the State of habitual residence of the defendant, thus in the latter's general forum. Consequently, its effect will simply be to exclude in this case any other forum provided by the Convention, including the contract forum of Article 6. Here again, the protection consists of the advantage for the consumer of being able to defend a claim in one's own country and not being compelled to go abroad, if the contract forum is not the same as one's place of residence.

Paragraph 3

113 This paragraph aims to restrict the freedom normally enjoyed by the parties under Article 4 to choose the court with competence to deal with disputes which have arisen or may arise between them. It seeks to protect the weaker party to the contract and ensure that the stronger party cannot force him to submit such disputes to a court where he may find it difficult to defend himself. Because of the protective aim of this clause, the restriction on the freedom of choice of court is not absolute. In the first place, it does not affect all consumer contracts, only those described in the first paragraph and which have been concluded in the circumstances indicated in that paragraph. Moreover, a choice of court must always be allowed subject to two conditions. The first of these relates to the point in time when the agreement is made to confer jurisdiction. If the agreement is subsequent to the dispute, it will be admissible. The term "dispute" does not signify the submission of a case to a court, but rather, the disagreement between the parties on a particular matter, such that proceedings are imminent.[65] Secondly, the validity of the choice of court clause cannot be challenged if and to the extent that it enables the consumer to apply to another court, in addition to those specified in the Convention. As the clause offers the consumer extra choice, its actual effect is to bolster the protection available to him, and there is no reason to prevent this. The two conditions are not cumulative. Thus if one of them is satisfied, this will be enough to validate the choice of court. The other conditions for the validity of the agreement conferring jurisdiction are governed, under the express *renvoi* in paragraph 3, by the terms of Article 4.[66]

114 The question arises whether these restrictions on the choice of court are sufficient for the purposes of electronic commerce. This question was discussed in the Special Commission, and the clause was retained unaltered. However, proposals were made with a view to enabling States which consider that consumers established on their territory might enter into less restrictive choice of court agreements to accept that these agreements are valid as far as these consumers are concerned. These aspects may be gone into in greater detail during the Diplomatic Session.

Article 8 – Individual contracts of employment

115 Alongside the special rules on jurisdiction for contracts with consumers, the Convention provides special grounds of jurisdiction for individual contracts of employment. Here again, the aim is to take contracts in which, typically, there is an inequality of arms between the parties out of the reach of the ordinary rules of jurisdiction, and to furnish some protection for the weaker party at the stage when international jurisdiction has to be decided.

116 Although it was felt inadvisable to subject employment contracts to the rules of ordinary jurisdiction, the inclusion of specific rules on this topic in the preliminary draft Convention did not go unchallenged in the Special Commission. One argument for excluding employment contracts from the scope of the Convention was that practice in this field is changing: increasingly, workers are moving from place to place, so that it would be unwise to fence these phenomena about with the traditional criteria. Again, the resolution of disputes in this area is increasingly taking the form of alternative, non-judicial mechanisms such as mediation and conciliation. Finally, it was argued that employment questions are seen in a different light from one legal system to another, and that in many countries, especially in Latin America, these questions are dealt with by specialised courts of an administrative rather than a judicial nature. The Special Commission took due heed of these observations, but it felt that an explicit clause governing employment contracts would still be useful for the ordinary situations which continue to occur frequently in practice, and which call for a protective approach towards workers engaged in international activities.

117 As for the personal scope of Article 8, there is no definition of what is meant by an "employee". However, it is clear

[63] It should be remembered that the operation of the provisions in the preliminary draft Convention on electronic commerce, which was considered by the Special Commission, was reviewed by a group of experts which met early in 2000 (see Prel. Doc. No 12 of August 200, *infra* p. 315 of this tome).
[64] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 8 of November 1997 (*op. cit.* No 5), Nos 49 *et seq.*

[65] See the Jenard Report (*op. cit.* note 32), *sub* Art. 12 on the comparable rule in the Brussels Convention.
[66] For a similar approach, see the Schlosser Report (*op. cit.* note 10), No 161, in connection with the comparable provision in the Brussels Convention, which however does not contain any *renvoi* to Art. 17.

vailleur». Il est toutefois clair que la disposition ne concerne essentiellement que les travailleurs salariés[67], quel que soit leur niveau d'encadrement[68], et ne vise pas les personnes qui exercent une activité professionnelle autonome. Les contrats conclus par ces dernières pourront, le cas échéant, tomber sous l'article 6.

Paragraphe 1

118 Ce paragraphe indique les fors qui peuvent être utilisés par le travailleur dans ses actions contre l'employeur (lettre *a)*) et par ce dernier contre le travailleur (lettre *b)*).

Lettre a) – *Actions du travailleur contre l'employeur*

119 Pour ce qui est des actions introduites par le travailleur, la disposition retient comme rattachement le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail. En faveur de ce lieu militent à la fois des motifs de proximité et de protection. D'abord, le lieu de prestation du travail coïncidera dans la plupart des cas avec la résidence habituelle du demandeur, et il sera donc plus facile pour lui de préparer son dossier. D'autre part, c'est au lieu de l'accomplissement du travail qu'il sera plus aisé de vérifier la nature et les modalités de la prestation et d'en donner la preuve en justice. Enfin, il ne faut pas oublier qu'en matière de travail une série de dispositions matérielles sont souvent d'ordre public ou d'application immédiate, ce qui implique qu'elles devront être respectées par le tribunal saisi indépendamment de la loi applicable à la relation de travail, de telle manière que la législation du lieu du travail s'appliquera dans une large mesure au litige.

120 Lorsque le travailleur n'accomplit pas (ou n'a pas accompli) son travail habituellement dans un même État, le rattachement est au lieu où se trouve (ou se trouvait) l'établissement qui a embauché le travailleur. Le choix de ce rattachement, qui peut être contesté tant du point de vue de la proximité de la relation de travail avec le juge indiqué comme compétent, lorsque le lieu d'embauche n'a aucun lien avec l'activité accomplie, que du point de vue de la protection du travailleur, répond plutôt à une exigence de sécurité juridique et d'économie des litiges, en permettant de concentrer le contentieux dans un seul État. Il faut également noter que souvent cette compétence coïncidera avec le for général du défendeur ou le for de la succursale de celui-ci.

121 Les compétences que la Convention met ainsi à la disposition du travailleur demandeur ne sont pas décrites comme exclusives des autres compétences qui pourraient être invoquées en vertu de la Convention. En principe, donc, elles s'ajoutent à la compétence générale de l'État de la résidence habituelle du défendeur (art. 3), au for contractuel (art. 6) et au for de la succursale (art. 9). Toutefois, tandis qu'aucun problème ne surgit à propos du for général du défendeur, la coordination de l'article 8, paragraphe 1 *a)*, avec l'article 6 peut soulever des questions. En effet, si le rattachement au lieu de l'accomplissement du travail n'est normalement qu'une spécification de l'article 6 lorsqu'il se réfère au lieu de la prestation de services, le rattachement au lieu de l'établissement qui a embauché le travailleur est en contradiction avec le rattachement au lieu où les services ont été rendus en tout ou en partie dont vise l'article 6, lettre *b)*, dans la mesure où il a pour but d'exclure la compétence de chacun des lieux où le travail a été accompli[69]. À la lumière du texte de l'avant-projet de Convention, la question de savoir si et dans quelle mesure les fors de l'article 8 s'ajoutent à celui de l'article 6 ne peut qu'être laissée ouverte.

Lettre b) – *Actions de l'employeur contre le travailleur*

122 Parallèlement à ce que prévoit l'article 7, paragraphe 2, en matière de contrats de consommation, la Convention établit des restrictions à la faculté de l'employeur d'intenter une action contre le travailleur, en limitant les fors à sa disposition par rapport à ceux dont dispose le travailleur. Dans cette perspective, le premier rattachement indiqué est, comme dans l'article 7, la résidence habituelle du travailleur, à savoir le for général prévu à l'article 3. La protection consiste donc en l'avantage pour le travailleur d'organiser sa défense en justice dans son pays, sans être obligé de se déplacer à cette fin.

123 À la différence que, pour les consommateurs, ce for n'est pas la seule compétence admise; la Convention y ajoute la compétence des tribunaux de l'État dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail[70]. Il faut remarquer que la lettre *b)* ne se réfère pas, comme le fait la lettre *a)*, aussi au lieu où le travail a été accompli habituellement dans le passé, mais n'emploie que le temps présent pour indiquer ce lieu. Il en découle que le for n'est disponible pour l'employeur que durant la relation de travail et qu'après la cessation de celle-ci la seule résidence habituelle du travailleur vient en considération en tant que rattachement. Par ailleurs, il est fréquent que lorsque la relation de travail est en cours, le lieu du travail habituel coïncide avec la résidence habituelle du travailleur.

124 La formulation de la lettre *b)* exclut une concurrence de cette disposition avec les autres fors disponibles en vertu de la Convention. D'un côté le for général du défendeur est repris dans le cadre de la disposition, de l'autre le but de protection de la règle porte à l'interpréter dans le sens qu'elle n'ajoute pas de nouvelles compétences en faveur de l'employeur à celles déjà existantes, mais plutôt qu'elle déroge à ces dernières.

Paragraphe 2

125 Ce paragraphe a pour objet de limiter la liberté des parties de choisir, en vertu de l'article 4, le juge compétent pour connaître des différends nés ou à naître entre elles, dans le but de protéger la partie faible contre des abus de la part de la plus forte. Le texte est libellé de façon similaire au paragraphe 3 de l'article 7 – bien qu'il précise que la référence à d'«autres tribunaux» vise les tribunaux autres que ceux indiqués à l'article 8 et à l'article 3[71] – qui répond aux mêmes exigences de protection à l'égard des contrats de consommation. Il y a lieu de se référer aux commentaires qui ont été faits à propos de cette dernière disposition.

[67] Bien que des problèmes de qualification puissent se présenter à cet égard, compte tenu de la tendance dans certains systèmes juridiques à donner le même traitement à certaines activités autonomes et salariées.

[68] La Convention concernera fréquemment des contrats d'expatriation de cadres supérieurs, souvent à durée limitée, pour lesquels le besoin de protection n'a pas les mêmes caractères, car ils sont conclus à la suite d'une véritable négociation. Le texte de l'avant-projet de Convention ne permettant pas un traitement différent de ces situations, la question pourra peut-être être approfondie au cours de la Session diplomatique.

[69] La même difficulté ne surgit pas à propos de la règle analogue de l'art. 5 des Conventions de Bruxelles et de Lugano, dans lesquelles les rattachements au lieu du travail et à l'établissement qui a embauché le travailleur sont indiqués clairement comme des spécifications du lieu d'exécution de l'obligation contractuelle en cause et, en tout cas, ils ne sont pas présentés comme alternatifs à ce dernier.

[70] Mais non le for du lieu de situation de l'établissement qui a embauché le travailleur, qui n'est disponible que pour ce dernier. La solution retenue est ainsi la même dans la Convention de Bruxelles, tandis que la Convention de Lugano prévoit que le for de la situation de l'établissement puisse jouer en faveur des deux parties à la relation de travail. Par ailleurs, le groupe de travail chargé de réviser les deux Conventions n'a retenu, en faveur de l'employeur, que le for général de la résidence habituelle du travailleur.

[71] À ces dispositions il faudrait ajouter l'art. 9. Il serait d'ailleurs souhaitable que les dispositions du para. 3 de l'art. 7 et du para. 2 de l'art. 8 soient uniformisées.

that the clause is essentially only intended to cover salaried workers[67] at any level,[68] and does not relate to people carrying on an independent professional activity. Contracts concluded by the latter may fall under Article 6.

Paragraph 1

118 This paragraph indicates which courts may be used *a)* by an employee in proceedings against an employer and *b)* by an employer against an employee.

Sub-paragraph a) – *Actions by an employee against an employer*

119 As regards actions brought by an employee, the connecting factor in this clause is the place where the employee habitually carries out his work. There are two reasons for preferring this place: proximity and protection. First, the place where the work is done will usually be the same as the plaintiff's habitual residence, and this will make it easier for him to prepare his case. Second, the kind of work done and the way it is done can more readily be ascertained and proved at the place where it is done. Finally, it must not be forgotten that employment issues are often subject to a variety of substantive rules, either of public policy or of immediate application, which will have to be complied with by the court seised regardless of the law applicable to the employment relationship, so that the legislation of the place of employment will, to a large extent, apply to the dispute.

120 When an employee does not work or has not habitually worked in one and the same State, the connecting factor will be the place where the business that engaged him is or was situated. The choice of this connecting factor may be challenged, both from the viewpoint of the proximity of the employment relationship to the court designated as competent, when the place of recruitment is unconnected to the work done, and from the viewpoint of protecting the employee. However, it responds to a need for legal security and for procedural economy, by enabling the dispute to be focused on a single State. It should also be noted that this ground of jurisdiction will often lie in the defendant's general forum or the forum of one of its branches.

121 The grounds of jurisdiction which the Convention provides for an employee claimant are not presented as being to the exclusion of the other grounds which may be invoked under the Convention. Thus they are additional to the general jurisdiction of the State of the defendant's ordinary residence (Art. 3), the forum of the contract (Art. 6) and the forum of the branch (Art. 9). However, although there is no problem with the defendant's ordinary forum, it may be asked how Article 8, paragraph 1 *a)*, is supposed to operate in conjunction with Article 6. If the connection to the place where the work is done is normally only a feature of Article 6 when it refers to the place where services are performed, the connection to the place of the business which engaged the employee is in contradiction with the connection to the place where the services were provided in whole or in part, under Article 6 *b)*, in the sense that the purpose of this connection is to exclude jurisdiction in each of the places where the work was done.[69] In view of the wording of the preliminary draft Convention, it remains to be seen whether and how far the Article 8 fora will be additional to those in Article 6.

Sub-paragraph b) – *Claims by an employer against an employee*

122 In parallel to the provision for consumer contracts in Article 7, paragraph 2, the Convention lays down certain restrictions on the employer's freedom to bring an action against an employee, by limiting the fora open to him by comparison with those open to the employee. In this light, the first of the connecting factors indicated, as in Article 7, is the habitual residence of the employee, namely the general forum provided in Article 3. Thus the protection lies in the advantage for the employee of being able to prepare his defence in his own country, without having to travel for the purpose.

123 With the distinction that for consumers, this forum is not the only permissible ground of jurisdiction, the Convention provides an additional one for the courts of the State in which the employee habitually carries out his work.[70] It should be noted that sub-paragraph *b)* does not refer, as does sub-paragraph *a)*, to the place where the work has habitually been done in the past, but uses only the present tense to indicate the place of work. It follows that this forum is open to the employer only during the employment relationship, and once this has come to an end only the employee's habitual residence can be taken into consideration as a connecting factor. In any event, while the employment relationship is ongoing, the place where the work is habitually done will be the same as the employee's habitual residence.

124 Sub-paragraph *b)* is framed to prevent any overlap between this clause and the other fora available under the Convention. On the one hand, the defendant's general forum is incorporated in the framework of the clause; on the other hand, the protective purpose of the rule means that it should be interpreted as not adding any new grounds of jurisdiction for the employer to those which already exist, and instead as derogating from these.

Paragraph 2

125 The aim of this paragraph is to limit the freedom of the parties to select, under Article 4, the court with competence to deal with disputes which have arisen or may arise between them, in order to protect the weaker party from abuses by the stronger. The text is worded similarly to paragraph 3 of Article 7, which meets the same need for protection for consumer contracts, although it specifies that the reference to "other" courts means courts other than those indicated in either Article 8 or Article 3.[71] Reference should be made to the commentaries made for Article 7 above.

[67] Although there may be problems of definition in this respect, because of the tendency in some legal systems to treat a number of independent and salaried activities in the same way.

[68] The Convention will often be relevant to expatriation contracts for executive-level employees, often on short-term contracts, who do not have the same need for protection because their contracts are fully negotiated. Since the preliminary draft Convention does not allow for different treatment of these situations, this question can perhaps be discussed in greater detail at the Diplomatic Session.

[69] This difficulty does not arise with the comparable rule in Art. 5 of the Brussels and Lugano Conventions, because in these the connections to the place where the work is done and the business which engaged the employee are clearly stated as being features of the place where the contractual obligation in question is performed, and in any event they are not presented as alternatives to it.

[70] But not the forum of the place of the business which engaged the employee, which is open only to the employee. Thus the chosen solution is the same as in the Brussels Convention, whereas the Lugano Convention provides that the forum of the place of the business is open to both parties to the employment relationship. Moreover, the working group responsible for revising the two Conventions opted for the employer to have only the general forum of the worker's habitual residence.

[71] To these provisions must be added Art. 9. It would in any case be desirable to standardise the provisions of Art. 7, para. 3, and Art. 8, para. 2.

Article 9 – Succursales [et activité commerciale habituelle]

Compétence fondée sur une « succursale, agence, ou tout autre établissement »

126 L'article 9 fonde une compétence pour les litiges liés à l'activité d'une succursale, agence ou autre établissement du défendeur situé dans le ressort du tribunal. Il peut s'agir d'une action contractuelle, d'une action délictuelle, ou de toute autre action, comme une action fondée sur un enrichissement sans cause. Elle doit être instituée dans l'État contractant où se trouve la succursale, l'agence ou autre établissement. Il n'est pas nécessaire que l'activité ayant donné naissance au litige soit localisé dans cet État. Les termes « est situé » renvoient au moment où le demandeur fait naître l'action en justice. Si la succursale, agence ou établissement disparaît pendant la procédure, la compétence n'en est pas pour autant affectée.

127 La notion de « succursale, agence ou tout autre établissement » n'est pas définie. Toutefois, l'idée d'un « for de la succursale » est présente dans plusieurs systèmes. Les termes exacts apparaissent dans l'article 5 (5) de la Convention de Bruxelles, et ont été eux-mêmes empruntés à certaines convention bilatérales conclues entre les États contractants[72]. D'autres systèmes connaissent déjà la solution et lui donnent un sens équivalent[73]. Un des points essentiels de cette notion est que la succursale, agence ou autre établissement doit être une partie intégrale de la société-mère, comme dans le cas d'une filiale possédée et dirigée par la société-mère, ou doit être sous son contrôle immédiat et participer aux mêmes affaires[74]. Dans tous les cas, l'organisme dépendant doit agir depuis un bureau, c'est-à-dire un lieu fixe à partir duquel sont conduites ses affaires.

128 Une filiale, même si elle est entièrement possédée par la société-mère, n'est pas nécessairement de ce simple fait considérée comme une « succursale, agence ou tout autre établissement », tant qu'elle constitue une entité séparée et bien distincte[75]. Une filiale, comme toute autre entité ou personne, qui n'est pas une partie intégrante de l'organisation du défendeur peut fonder une compétence à l'égard du défendeur si elle agit en tant qu'agent de ce défendeur. Toutefois, dans certaines situations, il est possible que la filiale ne soit pas considérée comme une entité séparée et bien distincte, lorsque la société-mère ne tient pas compte des limites imposées par le droit des sociétés (sociétés « fictives », ou « alter ego »), ou lorsque la filiale ou toute autre entité est utilisée comme un agent du défendeur[76].

Compétence fondée sur une « activité commerciale habituelle »

129 La Commission spéciale s'est accordée pour placer entre crochets les termes de l'article 9 « ou dans lequel le défendeur a exercé par d'autres moyens une activité commerciale habituelle ». La disposition est désormais intégrée dans l'article 9 et ne constitue plus, comme auparavant, un article séparé qui viendrait remplacer les articles 6 et 10, ou s'y substituer, dans le but d'indiquer qu'il s'agit avant tout de donner un sens plus large aux termes « succursale, agence ou tout autre établissement », visant à inclure les situations dans lesquelles le défendeur exerce une activité commerciale dans l'État en cause par le biais de moyens différents, mais analogues. Dans cette mesure, cette compétence a un champ d'application plus étroit que celle qui résulte du droit national et qui est préservée par l'article 18(2) *e)*.

130 Les « autres moyens » peuvent être un organe qui ne constitue pas une « succursale, agence ou tout autre établissement » dans le sens expliqué plus haut. Il peut s'agir d'une filiale entièrement détenue par le défendeur voire un organe détenu par quelqu'un d'autre, mais utilisé par le défendeur pour exercer son activité commerciale dans un État particulier, ou bien il peut s'agir d'activités exercées par le défendeur lui-même dans cet État, comme le fait de participer à une foire commerciale et d'y exercer une activité, sans que cet exercice se fasse à partir d'une base fixe qui pourrait avoir le statut de « succursale ». Ce qui compte n'est pas le degré de participation du défendeur dans l'organe utilisé, ou son contrôle effectif par le défendeur, mais le fait que cet organe, qu'il soit possédé entièrement ou totalement indépendant, soit utilisé par le défendeur comme le moyen d'exercer une activité commerciale dans cet État. Le principe fondamental est qu'une partie qui cherche à réaliser un gain grâce à une activité commerciale dans un pays donné doit être susceptible d'être attraite devant les tribunaux de ce pays pour les litiges relatifs à ces activités commerciales, quel que soit le moyen utilisé pour exercer effectivement ces activités. Cette disposition, si elle est acceptée, concernera les réalités et non simplement les formes. D'un autre côté, les termes « succursale, agence ou tout autre établissement », ainsi qu'il est expliqué plus haut, dépendent avant tout de la relation légale formelle qui unit l'entité subordonnée et le défendeur. L'avantage d'une telle approche formelle est qu'elle permet d'éviter d'être attrait devant les tribunaux d'un État, sans perdre l'avantage commercial lié à l'activité exercée dans cet État. Le désavantage pour les consommateurs et pour les autres demandeurs dans cet État est évident.

131 Quel est le sens exact des termes « activité commerciale habituelle » ? Dans ce contexte, le terme « habituelle » doit être entendu comme « avec régularité », c'est-à-dire que l'activité commerciale doit constituer plus qu'un événement unique ou même qu'une série de transactions isolées, mais doit être exercée à plusieurs reprises sous une certaine forme, pendant un certain temps[77]. Le sens des termes « activité commerciale habituelle » dépendra des faits et des circonstances de chaque espèce. Tant la quantité que la substance de l'activité seront prises en considération.

132 La disposition fait référence à l'État *dans lequel* une telle activité est exercée. Cette formulation diffère de celle qui est utilisée dans l'article 7(1) *a)* où sont utilisés les termes « activités que le défendeur a exercées dans cet État ou dirigées vers cet État ». Bien évidemment, cette dernière formulation est beaucoup plus large que celle utilisée ici. Une simple publicité, par voie traditionnelle ou électronique à destination des résidents d'un État particulier à partir d'un autre État ne peut être analysée comme l'exercice d'une activité commerciale dans le premier État, à moins que cette publicité ne soit accompagnée de sollicitations plus pressantes ou que soit spécifié une adresse locale ou un numéro de téléphone où des achats peuvent être réalisés. Les questions soulevées par le commerce électronique ont été étudiées par une réunion d'experts au début de l'an 2000 (voir Doc. prél. No 12 d'août 2000, ci-dessous p. 314 du présent tome) et figuraient à l'ordre du jour d'autres réunions tenues avant la Session diplomatique.

[72] Voir le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), p. 26.

[73] La Convention Exécution de 1971 dans son art. 10(2) se réfère à un « établissement » ou à une « succursale » du défendeur. Voir aussi *Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act* 1933 (Royaume-Uni), s. 5 (2) (a) (v) (« *office or place of business* »); *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* 1962 (États-Unis d'Amérique) § 5 (5) (« *Business office* »).

[74] Dans le cadre de la Convention de Bruxelles, voir *De Bloos c. Boyer*, *Rec.* 1976, p. 1497; *Blanckaert et Williams c. Trost*, *Rec.* 1981, p. 819. Dans le cadre de l'Angleterre et du Commonwealth, hors application de la Convention de Bruxelles, cf. *Adams c. Cape Industries Plc* [1991] ch. 433, spéc. p. 523 à 531.

[75] Voir pour les États-Unis d'Amérique, *Restatement (second) Conflict of Laws*, § 52, commentaire b (1971), fondé sur *Cannon Mfg Co. c. Cudahy Packing Co.* 267 US 33 (1925). Pour les juridictions d'Angleterre et du Commonwealth: *Adams c. Cape Industries Plc* [1991] ch. 433, spéc. p. 523 à 531. Voir aussi J. Kropholler (*op. cit.* note 40), p. 138, No 88.

[76] Voir par exemple *SAR Schotte GmbH c. Parfums Rothschild SARL* (218/86), *Rec.* 1987, p. 4905.

[77] Mais il est inutile d'aller jusqu'à l'exigence de « liens commerciaux généraux continus et systématiques » posée par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans la décision *Helicopteros Nacionales de Colombia c. Hall* 466 US 408 (1984) pour l'exercice de la compétence générale fondée sur la poursuite d'une activité commerciale (« *doing business* ») dans l'État du for.

Article 9 – Branches [and regular commercial activity]

Jurisdiction based on "branch, agency or other establishment"

126 Article 9 confers jurisdiction over the defendant in respect of disputes relating to the activities of a branch, agency or other establishment of the defendant within the jurisdiction. The action may be based on contract or tort or any other basis, such as unjust enrichment. The action must be brought within the Contracting State where the relevant branch, agency or other establishment is situated. It is not necessary that the activity out of which the dispute arose occurred in that State. The words "is situated" refer to the time when the plaintiff brings the action. If the branch, agency or establishment is closed during the proceedings, jurisdiction is not lost thereby.

127 The concept of "branch, agency or other establishment" is not defined. However, the notion of a "branch jurisdiction" has significance in several legal systems. The exact term occurs in Article 5 (5) of the Brussels Convention and was in turn taken from existing bilateral treaties between the original Contracting States.[72] Other systems know the concept and tend to give it a similar content.[73] An essential aspect of the concept is that the branch, agency or other establishment either be an integral part of the parent organisation, such as a branch owned and run by the parent, or be under its immediate control and engaged in its business.[74] In each case the dependent body must operate from an office, that is to say, a fixed place of business.

128 A subsidiary, even one that is wholly owned by the parent, will not by that fact alone be regarded as falling within the definition of "branch, agency or other establishment" as long as it is maintained as a separate and distinct entity.[75] A subsidiary, like any other body or person who is not an integral part of the defendant's organisation, may attract jurisdiction over the defendant by acting as an agent of the defendant. However, there may be situations where the subsidiary is not maintained as a distinct and separate agency because the parent disregards the corporate boundaries (the "alter ego" or "fictitious" corporation), or a subsidiary or other body is held out to be an agent of the defendant.[76]

Jurisdiction based on "regular commercial activity"

129 The Special Commission agreed to place within brackets the words "or where the defendant has carried on regular commercial activity by other means" as part of Article 9. The provision is inserted as part of Article 9 and not, as previously proposed, as a separate article which would replace or supersede the provisions of Articles 6 and 10, in order to indicate that it is primarily aimed at a broadening of the words "branch, agency or establishment" to include situations whereby the defendant conducts commercial activities within the State concerned by other, but analogous, means. It is therefore narrower in scope than the permitted national jurisdiction preserved in Article 18(2) *e)*.

130 The "other means" may be a body which does not qualify as a "branch, agency or other establishment" as explained above. It may be a wholly owned subsidiary of the defendant or even a body which is in different ownership, but is used by the defendant as its vehicle to conduct its commercial activities in a particular State, or it may consist of activities by the defendant itself within that State, such as attending at trade fairs and soliciting orders, without operating from the fixed base which would have the status of a "branch". Indeed, it is not the degree of ownership or formal control of the vehicle used by the defendant which is relevant, but the manner in which that vehicle, be it wholly owned or independent, is used to further the commercial activities of the defendant in the State concerned. The basic principle is that a party which seeks to derive gain from commercial activities in a particular State should be subject to the jurisdiction of that State in respect of claims arising out of those activities, notwithstanding the formal means employed for conducting those commercial activities. The provision, if accepted, will look to reality, not form. On the other hand, the words "branch, agency or other establishment" as explained above, depend primarily on the formal legal relationship between the subordinate entity and the defendant. The advantage of such a formal approach is that one can arrange one's affairs to avoid jurisdiction without losing commercial advantage in the State where the activity takes place. The disadvantage to consumers and other claimants in that State is obvious.

131 What amounts to "regular commercial activity"? In its context the word "regular" must mean "with regularity", that is to say, the commercial activity must be more than a single event, or even a series of isolated transactions, but must reoccur with a certain pattern over a period of time.[77] What amounts to "regular commercial activity" will depend on the facts and circumstances of each case. Both the quantity and the substantive effect of the activity will be relevant.

132 The reference is to the State *in which* such activity is carried out. This is in contrast to Article 7(1) *a)* where the words "activities that the defendant has engaged in or directed to that State" are used. That is, of course, a much broader formulation than the one used here. Merely directing advertising by traditional or electronic means at residents of a particular State from outside that State could not be described as carrying on commercial activity in that State, unless it is accompanied by more active solicitation or a reference to a local address or telephone number where orders can be placed. The questions raised by e-commerce were considered by a meeting of experts in early 2000 (see Prel. Doc. No 12 of August 2000, *infra* p. 315 of this tome) and on the agenda of further meetings held before the Diplomatic Session.

[72] See the Jenard Report (*op. cit.* note 32), p. 26.

[73] The 1971 Enforcement Convention in Art. 10(2) refers to an "establishment" or "branch" of the defendant. See also *Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act* 1933 (UK) s. 5(2)(a)(v) ("office or place of business"); *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* 1962 (US) §5(5) ("business office").

[74] See, in respect of the Brussels Convention: *De Bloos v. Bouyer* [1976] *ECR*, p. 1497; *Blanckaert and Williams v. Trost* [1981] *ECR*, p. 819; in relation to Anglo-Commonwealth law outside the Brussels Convention: *Adams v. Cape Industries Plc* [1992] Ch 433 at 523-531.

[75] See for the US: *Restatement (Second) Conflict of Laws* §52, comment b (1971) based on *Cannon Mfg Co. v. Cudahy Packing Co.* 267 US 33 (1925); for Anglo-Commonwealth jurisdictions: *Adams v. Cape Industries Plc* [1992] Ch. 433 at 523-531. See also J. Kropholler (*op. cit.* note 40), at p. 138, No 88.

[76] See, for example, *SAR Schotte GmbH v. Parfums Rothschild SARL* (218/86) [1987] *ECR*, p. 4905.

[77] But it need not go so far as the test of "continuous and systematic general business contacts" laid down by the United States Supreme Court in *Helicopteros Nacionales de Colombia v. Hall* 466 US 408 (1984) for the exercise of general jurisdiction based on "doing business" within the forum.

Directement lié à cette succursale ou cette activité

133 Le litige doit être directement lié à l'activité de cette succursale, agence ou tout autre établissement ainsi qu'à l'activité commerciale habituelle, si les termes entre crochets sont acceptés. Dans les pays de *common law*, la présence d'une succursale sur le territoire permet de fonder une compétence générale qui n'est pas restreinte aux activités de cette succursale sur le territoire du for[78]. Un tel chef de compétence général n'est pas compatible avec la Convention, comme il est précisé dans l'article 18(2) *e)*. Il ne peut même pas être maintenu en tant que règle du droit national au sens de l'article 17.

134 L'exigence voulant que le litige soit directement lié à l'activité de la succursale, agence, ou tout autre établissement (ou à cette activité commerciale habituelle) est une question de fait qui doit être tranchée selon les circonstances de chaque espèce, surtout lorsque, comme il arrive parfois, le litige concerne pour partie les activités de la succursale et pour partie les activités de l'établissement principal[79]. Le terme « directement » ne signifie pas « exclusivement », mais il indique uniquement que le lien ne doit pas être lointain ou simplement incident. Il ne peut s'agir d'une exigence plus grande que celle posée par l'article 18(1). Le litige peut concerner la gestion interne de la succursale, ses relations commerciales extérieures, ou encore les faits commis par la succursale au cours de son fonctionnement et susceptibles de donner lieu à une responsabilité extracontractuelle[80]. L'affirmation s'applique aussi à l'activité commerciale régulière.

Article 10 – Délits

135 Cet article définit une compétence spéciale en matière délictuelle. La nécessité d'un for du délit est apparue évidente à la Commission spéciale, car le tribunal du for du défendeur n'est pas toujours le mieux situé pour assurer une bonne administration de la justice par rapport au juge du lieu du délit. Il faut ajouter qu'en cette matière l'emploi de conventions attributives de compétence est bien moins fréquent qu'en matière contractuelle, si bien que le for élu ne constitue pas une vraie alternative au for du défendeur. La Commission spéciale ayant écarté l'option de prévoir une compétence fondée sur l'activité, ainsi qu'on l'a rappelé dans le commentaire à l'article 6, une compétence délictuelle s'imposait malgré les difficultés découlant de la qualification de la matière délictuelle par rapport à la matière contractuelle. Il semble en tout cas exclu qu'une qualification autonome du délit puisse être donnée dans le cadre de la Convention[81]. Tout en pouvant donner lieu à des solutions divergentes, cette qualification ne pourra être faite que par le juge saisi selon son propre droit ou le droit désigné par ses règles de conflits de lois. On pourra toutefois demander que le juge saisi pour l'exequatur de la décision ne qualifie pas de nouveau le rapport juridique aux fins de l'appréciation de la compétence du juge d'origine[82].

136 Comme pour les contrats, l'alternative qui se présente en matière délictuelle consiste à savoir s'il est préférable d'adopter une règle unique ou bien des règles spécifiques à chaque délit. Après avoir considéré plusieurs types de délits (accidents de la route, responsabilité du fait des produits, environnement, concurrence, diffamation), la Commission spéciale a estimé qu'une règle unitaire pouvait être retenue, pourvu qu'elle tint suffisamment compte de la variété des situations susceptibles de se produire dans la pratique.

137 Il y a lieu de rappeler, par ailleurs, que les compétences prévues à l'article 10 s'ajoutent comme alternatives aux autres compétences retenues par la Convention, tel le for du défendeur (art. 3), le for élu (art. 4) et le for de la succursale (art. 9), ainsi qu'aux compétences éventuellement prévues par le droit national dans la mesure où l'article 17 le permet.

Paragraphe 1

138 Ce paragraphe pose la règle générale en matière délictuelle. Celle-ci se fonde, ainsi qu'il arrive normalement dans les systèmes de droit national et dans les Conventions internationales, sur une prise en compte du lieu du fait illicite[83]. Toutefois, au lieu de se référer d'une manière générale à ce lieu et d'obliger par conséquent le juge à le qualifier ensuite pour tenir compte des éléments qui concourent à l'identifier[84] – l'acte ou omission et ses effets – la Convention tient compte de la tendance la plus moderne consistant à donner à la partie lésée une option entre le for du lieu de l'acte et celui du lieu de ses effets et indique directement ces options dans le texte de la disposition. Il est bien évident, par ailleurs, que cette distinction ne permet une option au demandeur que s'il s'agit d'un délit ainsi dit « à distance », à propos duquel les effets dommageables se produisent dans un autre pays que celui où l'acte ou l'omission se sont vérifiés ; même si l'article 10 ne vise pas directement la situation d'un délit dont tous les éléments sont localisés dans le même État, il va sans dire que l'application de l'une ou de l'autre option ouverte au demandeur indiquera dans ce cas la même juridiction comme compétente.

139 Quant à l'option en matière de délits dont les éléments sont localisés dans plusieurs pays, sa justification réside dans l'opportunité de choisir le tribunal le mieux placé dans chaque cas concret pour connaître des questions découlant du fait illicite, mais également de favoriser, dans l'aménagement des intérêts en cause, la position de la victime par rapport à la position de la partie dont la conduite est à l'origine du dommage. Il ne faut pas oublier non plus l'incidence indirecte de cette solution sur la question de la loi applicable, dans la mesure où elle permet au demandeur de choisir le tribunal aussi en fonction de la loi dont ce dernier fera application dans le cas concret.

Lettre a) – *Lieu de l'acte ou de l'omission*

140 La première option offerte au demandeur consiste à porter son action devant les tribunaux de l'État dans lequel l'acte ou l'omission qui est à l'origine du dommage a eu lieu. Ce rattachement est significatif du fait qu'il souligne la proximité du juge avec la cause du dommage, et tient compte de la circonstance que l'établissement de la responsabilité demande de vérifier l'existence d'un lien de causalité entre la conduite ou l'omission et le dommage. En outre, c'est au lieu de l'acte ou de l'omission que l'on doit apprécier la licéité de l'action du défendeur et la gravité de sa faute ou négligence. Par ailleurs, ce rattachement peut souvent coïncider, dans les délits à distance, notamment en matière d'environnement et de responsabilité du fait des produits, avec le lieu de résidence de la partie agissante ou négligente, et ne pas représenter une véritable alternative au for du défendeur.

[78] Voir *Frummer c. Hilton Hotels International* 281 NYS 2d 41 (1967).
[79] Voir par exemple *Saab c. Saudi American Bank* [1999] 1 WLR 1861 (Cour d'appel d'Angleterre).
[80] Comparer avec la solution donnée dans le para. 3 de la décision rendue par la CJCE dans l'affaire *Somafer c. Saar Fernagas*, *Rec.* 1978, p. 2183.
[81] En particulier, il est à exclure qu'une notion autonome négative par rapport à la matière contractuelle, ainsi qu'elle s'est développée à propos de l'art. 5 (3) de la Convention de Bruxelles (voir arrêt *Kalfelis*) puisse être établie pour la Convention, ne fût-ce qu'en raison du fait que la notion même de contrat n'y est pas définie.
[82] Voir le commentaire à l'art. 27.

[83] Voir F. Pocar, « Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1985-86, p. 71 à 80.
[84] Il faut rappeler en ce sens l'art. 5 (3) de la Convention de Bruxelles qui se réfère génériquement au lieu du fait dommageable, à propos de la qualification duquel la jurisprudence de la Cour de Justice a eu l'occasion de se prononcer à maintes reprises, à partir de l'arrêt *Bier c. Mines de Potasse d'Alsace*, CJCE, 30 novembre 1976, 21/76.

Directly relating to that branch or that activity

133 The dispute must relate directly to the activity of that branch, agency or establishment, or, if the words in brackets are accepted, to that regular commercial activity. In common law countries the presence of a branch within the jurisdiction founds a general jurisdiction which is not restricted to any activities of the branch within the forum.[78] Such a general jurisdiction is inconsistent with the Convention, as indicated by Article 18(2) *e)*. It cannot even be maintained as national law under Article 17.

134 The requirement that the dispute must directly relate to the activity of the branch, agency or other establishment (or to that regular commercial activity) has to be determined as a question of fact in the circumstances of each case, particularly where, as may happen, the dispute arises in part out of activities of the branch and in part out of the activities of the principal office.[79] The word "directly" should not be read as "solely", it merely indicates that the connection should not be remote or incidental. It may not say much more than what is provided in Article 18(1). The dispute may arise out of the internal management of the branch, from its external commercial relations or from conduct in the course of its operations which incurs non-contractual liability.[80] The same can be said about regular commercial activity.

Article 10 – Torts or delicts

135 This Article defines a special jurisdiction for torts and delicts. The need for a forum for these was obvious to the Special Commission, since the courts of the defendant's forum are not always the best placed to ensure the sound administration of justice by comparison with the courts of the place where the tort or delict was committed. It should be added that in this field, the use of choice of court agreements is much less common than in matters of contract, so that the court chosen is not a real alternative to the defendant's forum. As the Special Commission dispensed with the option of providing for jurisdiction based on the activity, as pointed out in the commentary to Article 6, it was necessary to have jurisdiction for torts and delicts despite the difficulties involved in defining this subject area, as compared with contracts. In any event, it does not seem possible to give a separate definition of torts and delicts within the framework of the Convention.[81] Although the definition may result in varying solutions, it can only be made by a court seised under its own law or the law designated by its conflict of laws rules. However, the court seised to order enforcement of the decision may be asked not to characterise a new legal relationship when appraising the competence of the court of origin.[82]

136 As with contracts, the alternative which is offered for torts and delicts consists of deciding whether it is preferable to adopt a single rule, or rules specific to each tort or delict. Having considered several of these (road accidents, product liability, environment, competition, defamation), the Special Commission felt that a single rule could be adopted, as long as it took sufficient account of the range of situations which may arise in practice.

137 It should also be pointed out that the grounds of jurisdiction in Article 10 are extra alternatives to those offered in the Convention, such as the defendant's forum (Art. 3), choice of court (Art. 4) and the forum of the branch (Art. 9), as well as any grounds of jurisdiction which may be available under national law if permitted by Article 17.

Paragraph 1

138 This paragraph states the general rule in matters of tort. As is usual in national legal systems and in international Conventions, the place where the wrongful act was committed is the one which has to be taken into account.[83] However, instead of referring to this place in general terms and thus compelling the court to define it afterwards in order to take account of the concurring factors which identify it[84] – the act or omission and its effects –, the Convention reflects the more modern tendency to give the injured party a choice between the forum of the place of the act, and that of the place where its effects are felt, and directly states these options in the text of the clause. It is also clear that this distinction only gives the plaintiff a choice if the tort has been committed "at a distance" and its injurious effects are experienced in a country other than the one in which the act or omission was found to have taken place. Even if Article 10 does not directly deal with a situation in which all the elements of a tort or delict are present in the same State, it goes without saying that whichever of the two options the plaintiff chooses in that case, the same courts will have jurisdiction.

139 As for the option available in matters of tort where the elements are present in several different countries, this is justified by the advisability of choosing the court which is best placed in each specific case to deal with the issues arising from the wrongful act, but also of giving preference, in balancing the interests involved, to the position of the victim as compared with that of the party whose conduct was responsible for the injury. Nor must it be forgotten that this solution has an indirect impact on the question of the applicable law, in so far as it enables the plaintiff also to make a choice of court in the light of the law which the court will apply to his case.

Sub-paragraph a) – *Place of the act or omission*

140 The first option open to the plaintiff is to bring his action to the courts of the State in which the act or omission which caused the injury occurred. This is a meaningful connection, because it emphasises the proximity of the court to the cause of the injury, and reflects the fact that to establish liability it is necessary to ascertain the existence of a causal link between the conduct or omission and the injury. Moreover, it is at the site of the act or omission that the lawfulness of the defendant's conduct and the seriousness of his fault or negligence must be judged. In any case, in torts which take place at a distance, especially those related to the environment and to product liability, this connection will often overlap with the place of residence of the party responsible for the act or omission, and will not be a genuine alternative to the defendant's forum.

[78] See, *Frummer v. Hilton Hotels International* 281 *NYS* 2d 41 (1967).
[79] See, by way of example, *Saab v. Saudi American Bank* [1999] 1 *WLR* 1861 (English Court of Appeal).
[80] Compare the ruling given in para. 3 of the judgment of the ECJ in *Somafer v. Saar Ferngas* (33/78) [1978] *ECR*, p. 2183.
[81] In particular, the Convention cannot offer a separate negative definition by comparison with matters of contract, as has been done in Art. 5 (3) of the Brussels Convention (see *Kalfelis* judgment), if only because the actual notion of a contract is not defined in it.
[82] See the commentary to Art. 27.
[83] See F. Pocar, "Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions", *Travaux du Comité français de droit international privé*, 1985-86, pp. 71-80.
[84] In this connection we refer to Art. 5 (3) of the Brussels Convention. This contains a generic reference to the court of the place where the injury occurred. The European Court of Justice has several times given a ruling on the definition of this place, since the judgment in the case of *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace*, 30 November 1976, 21/76.

141 La Convention ne fournit aucun critère pour déterminer le lieu de l'acte ou de l'omission. Ce lieu ne pourra donc être établi par le juge saisi que sur la base de son droit national, ou du droit applicable au fait illicite qui lui est soumis en vertu de son système de droit international privé. Cette question est spécialement délicate en matière de responsabilité du fait des produits, où la notion d'acte ou omission peut être rapportée à la fabrication du produit, à sa commercialisation ou à sa consommation[85]. Selon que l'on se réfère à l'un ou à l'autre de ces aspects, la compétence est définie d'une manière différente. Par exemple, devant les juridictions qui suivent la tradition anglaise de *common law*, le défaut d'informer qu'un produit est dangereux se vérifie au moment de la vente finale au consommateur[86]. Mais d'autres juridictions pourraient le lier au moment de la mise sur le marché ou même de la fabrication du produit, en multipliant ainsi les fors à la disposition du demandeur.

Lettre b) – *Lieu de la naissance du dommage*

142 La deuxième option offerte au demandeur est celle du lieu où le dommage a pris naissance. Il s'agit là aussi d'un rattachement significatif, car il souligne d'une part qu'un délit est un fait complexe qui n'est complet que lorsque ses effets se produisent, et d'autre part qu'il faut tenir compte, dans l'aménagement des intérêts des parties, de la position de la partie qui a subi le préjudice. Par ailleurs, ce rattachement constitue dans la plupart des cas une alternative au for du défendeur, car il est fréquent que le lieu du dommage coïncide avec le domicile du demandeur et représente de ce fait un facteur ultérieur de protection pour lui.

143 La détermination du lieu du dommage a soulevé une série de problèmes lorsque les effets directs de l'acte ou de l'omission et ses effets indirects se produisent dans des lieux différents[87]. Dans un pareil cas la production du dommage final n'a qu'une relation faible avec l'acte ou l'omission; c'est pourquoi la Convention mentionne le lieu « dans lequel le dommage a pris naissance », pour indiquer que c'est au lieu où sont survenus les effets directs de l'acte qu'il faut s'en tenir et que le préjudice indirect ne constitue pas un rattachement suffisant[88].

144 Bien que limité de la façon qu'on vient de décrire, le rattachement au lieu du dommage a été considéré par la Commission spéciale trop sévère pour la personne dont la responsabilité est invoquée, dans la mesure où il peut viser n'importe quel dommage direct, survenu dans n'importe quel État, au-delà de toute possibilité pour la personne responsable de l'acte ou l'omission de contrôler ses effets. La disposition introduit partant la notion de prévisibilité des effets du fait illicite, et n'établit la compétence du lieu du dommage que si la personne dont la responsabilité est invoquée pouvait raisonnablement prévoir des conséquences dommageables de son acte ou omission dans ce lieu. Le dommage à prendre en considération dans cette optique est un dommage de la même nature que le dommage réclamé par le demandeur : cette précision permettra de se référer concrètement à l'objet du litige, qui portera vraisemblablement sur la prévisibilité elle-même du dommage. À cet effet, afin de ne pas alourdir la position du demandeur dans le procès, le fardeau de la preuve de la non-prévisibilité du dommage incombe au défendeur, qui sera normalement la personne dont la responsabilité est invoquée.

[85] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 8 de novembre 1997 (*op. cit.* No 5), Nos 74 et s.
[86] Voir Privy Council, in *Distillers Co. c. Thompson* (1971) AC 458.
[87] Voir par exemple CJCE, *Dumez France c. Helaba*, 11 janvier 1990, C-220/83, *Rec.*, p. I-49.
[88] Cette solution correspond à celle proposée par la CJCE dans l'arrêt *Marinari c. Lloyd Bank*, 19 septembre 1995, C-364/93, *Rec.*, p. I-2719.

Paragraphe 2

145 Ce paragraphe vise à exclure une référence au lieu de naissance du dommage lorsqu'il s'agit de préjudices résultant de pratiques en violation de dispositions régissant la concurrence entre entreprises, qu'il s'agisse de pratiques découlant d'un abus de position dominante, ou d'ententes interdites qui provoquent des pertes économiques. Cette disposition a été adoptée presque sans débat par la Commission spéciale. La disposition semble répondre à la préoccupation d'éviter, en matière de concurrence, la possibilité d'une pluralité d'actions se rapportant au même comportement délictuel, dans le cas ou celui-ci a causé des dommages dans plusieurs États, et de concentrer le contentieux fondé sur le for délictuel dans l'État dans lequel l'acte à l'origine du dommage a eu lieu, en le faisant ainsi coïncider avec le marché dont les règles ont été violées par la personne dont la responsabilité est invoquée. Toutefois, elle va à l'encontre de la théorie des effets largement suivie en matière de concurrence.

Paragraphe 3

146 Ce paragraphe a le but d'établir une compétence préventive soit à la commission de l'acte ou à l'omission, soit à la production du dommage. Cette compétence est établie dans les mêmes conditions requises pour une action portant sur un fait dommageable déjà survenu. Il est toutefois à noter que lorsque le demandeur invoque le rattachement de la naissance possible d'un dommage, ce sera à lui de donner la preuve de cette possibilité, et non au défendeur de prouver que la production du dommage ne pourrait pas être prévisible si l'acte ou l'omission était survenu. Il y a lieu également de remarquer que cette action ne coïncide pas nécessairement avec une demande de mesures provisoires portant sur le même objet. Bien qu'une coïncidence puisse se vérifier en pratique, l'action visée par le paragraphe 3 tend à obtenir une décision définitive et non pas simplement une mesure provisoire ou conservatoire. Des conséquences différentes pourraient également se produire au niveau de la reconnaissance de la décision.

Paragraphe 4

147 Ce paragraphe a pour objet de régler la situation qui se présente lorsque le même acte ou omission est à l'origine de dommages qui se produisent dans plusieurs États. Dans un pareil cas, il ne fait aucun doute que le juge compétent en vertu de la lettre *a)* du paragraphe 1, à savoir le juge du lieu de l'acte ou de l'omission, aurait compétence pour se prononcer sur l'ensemble de la situation et donc sur l'intégralité du dommage. Il en est autrement lorsque le juge n'est saisi qu'en vertu du rattachement prévu à la lettre *b)* du paragraphe 1, à savoir du rattachement au lieu où le dommage à pris naissance. Dans ce cas, il est douteux que la compétence du juge du lieu où une partie du dommage s'est produite puisse s'étendre au dommage survenu dans les autres pays. Une telle solution reviendrait à donner au demandeur une pluralité d'options, en lui permettant même, le cas échéant, de porter son action devant le juge du lieu où seulement une petite partie du dommage est survenue et d'y réclamer l'intégralité du dommage. Ce serait une conséquence inéquitable pour le responsable du dommage qui, n'ayant causé qu'un dommage minime dans un pays, se verrait exposé à être attrait devant les tribunaux de ce pays pour y répondre d'un dommage survenu ailleurs.

148 Pour éviter ces conséquences, on pourrait envisager d'attribuer la compétence pour l'intégralité du dommage seulement au tribunal du lieu où la partie la plus importante du dommage s'est produite, mais cette solution se heurte à la difficulté de déterminer au préalable le montant du dommage,

141 The Convention does not offer any criterion for deciding the place of the act or omission. Accordingly, this can only be decided by the court on the basis of its national law, or the law applicable to the wrongful act which is submitted to it by virtue of its system of private international law. This is an especially delicate issue in matters of product liability, where the concept of an act or omission may be related to the manufacture of the product or to its sale or consumption.[85] Jurisdiction will be defined differently, depending on whether one or other of these aspects is brought in. For example, in courts following the English tradition of the common law, failure to give notice that a product is dangerous is deemed to occur at the time when it is finally sold to the consumer.[86] In other jurisdictions, it may be identified at the moment when the product is placed on the market, or even at the time of manufacture, thus adding to the number of fora available to the plaintiff.

Sub-paragraph b) – *Place where the injury arose*

142 The second option open to the plaintiff is that of the place where the injury has arisen. This too is a meaningful connection, since it emphasises both that a tort is a complex fact which is complete only when its effects are produced, and that in order to balance the interests of the parties, account must be taken of the position of the party which has suffered the injury. Moreover, in most cases this connection will provide an alternative to the defendant's forum, since it frequently happens that the place of the injury coincides with the domicile of the plaintiff, and thus represents an additional protective factor for him.

143 Defining the place of the injury has proved to be highly problematic when the direct effects of the act or omission and its indirect effects occur in different places.[87] In such a case the occurrence of the ultimate injury is only feebly linked to the act or omission. This is why the Convention mentions the place "in which the injury arose", to indicate that it is the place where the direct effects of the act occurred which must have priority, and that indirect harm is not a sufficient connecting factor.[88]

144 Although limited in the manner just described, the connection to the place of the injury was regarded by the Special Commission as being too severe on the person who is alleged to be responsible, because it may cover any direct injury which occurs in any State, and it will be beyond the power of the person responsible for the act or omission to control its effects. The clause therefore introduces the concept of predictability of the effects of the wrongful act, and establishes that jurisdiction will only lie at the place of the injury if the person alleged to be responsible could reasonably have foreseen injurious consequences from his act or omission in that place. From this point of view, the injury to be taken into consideration is of the same kind as that complained of by the plaintiff; this makes it possible to refer specifically to the subject of the dispute, which will probably bear upon the predictability of the injury. For this purpose, in order not to complicate the plaintiff's situation in the proceedings, the burden of proving that the injury was not predictable falls on the defendant, who will normally be the person who is alleged to be responsible.

[85] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 8 of November 1997 (*op. cit.* No 5), Nos 74 *et seq.*
[86] See Privy Council, in *Distillers Co. v. Thompson* (1971) AC 458.
[87] See, for example, European Court of Justice, *Dumez France v. Helaba*, 11 January 1990, C-220/83, *ECR*, p. I-49.
[88] This is the solution proposed by the European Court of Justice in its judgment in *Marinari v. Lloyds Bank*, 19 September 1995, C-364/93, *ECR*, p. I-2719.

Paragraph 2

145 This paragraph aims to exclude any reference to the place where the injury arose when the injury in question arises from practices contrary to the anti-trust rules, whether these are practices arising from abuse of a dominant position or from conspiracy to inflict economic loss. This clause was adopted almost without debate by the Special Commission. It seems to meet the concern to avoid, in matters of competition, the possibility of a number of different actions relating to the same wrongful conduct, in the event that the tort has given rise to injury in several States, and to concentrate actions based on tort in the State in which the act causing the injury took place, thus ensuring that it coincides with the market whose rules have been breached by the person who is alleged to be responsible. However, this provision is not in line with the effect theory generally accepted in competition matters.

Paragraph 3

146 The aim of this paragraph is to establish jurisdiction of a preventive kind, to prevent either the act or omission, or the occurrence of injury. This ground of jurisdiction is established under the same conditions as those required for an action for injury which has already occurred. It should be noted, however, that when the plaintiff seeks to rely on the connecting factor of the possible occurrence of injury, he will have to prove that this is a possibility; it is not for the defendant to prove that the occurrence of the injury would not be predictable if the act or omission took place. It should also be observed that this action does not necessarily coincide with a request for interim measures on the same subject matter. Although the coincidence may be found in practice to be present, the action dealt with in paragraph 3 is intended to result in a final decision, not merely a provisional or interim measure. Different consequences might also arise at the stage when the decision is recognised.

Paragraph 4

147 The aim of this paragraph is to regulate the situation which arises if the same act or omission causes injury in several different States. In such a case, there is no doubt that the court which has jurisdiction according to paragraph 1 *a)*, namely the court of the place where the act or omission occurred, would be competent to rule on the whole of the situation, and thus on the whole of the injury. It is a different matter when the court is seised only because of the connecting factor in paragraph 1 *b)*, namely the connection to the place where the injury originated. In this case, it is doubtful whether the courts of the place where part of the injury occurred could also have jurisdiction to decide on injury which occurred in the other countries. This solution would result in the plaintiff having a number of different options, and could even enable him to bring an action before the courts of the place where only a small part of the injury occurred, and lodge a claim there for the whole of the damage. This would be an inequitable outcome for the author of the injury; having caused only minimal damage in one country, he could be taken to court in that country and have to answer there for damage which has occurred elsewhere.

148 To avoid these consequences, jurisdiction for the whole of the damage could be given only to the courts of the place where the greater part of the damage has occurred; but the difficulty with this solution is how to determine from the outset the amount of the damage, something which cannot in

qui ne pourra en principe être quantifié qu'après l'examen de la demande au fond. On pourrait également, ainsi qu'on l'a proposé, limiter la compétence de chaque juridiction au dommage survenu en ce lieu[89]. Cette solution revient toutefois à imposer à la personne lésée l'obligation d'intenter une série d'actions parallèles pour être indemnisée, qui pourraient se révéler trop coûteuses, ou bien de recourir au for de l'acte ou omission. C'est une solution qui finirait en pratique par priver le demandeur de l'option du lieu du dommage.

149 La Commission spéciale a choisi une autre solution pour tenir compte des intérêts en cause. Par conséquent, le paragraphe 4 affirme le principe que les tribunaux de l'État du dommage ne sont compétents que pour le dommage survenu ou pouvant survenir dans cet État, mais avec une restriction. Si la partie lésée a sa résidence habituelle dans le pays où elle réclame le dommage, le tribunal saisi est compétent pour l'intégralité de celui-ci. En d'autres termes on exige, pour attribuer cette compétence élargie au juge du lieu du dommage, l'existence d'un autre rattachement, à savoir la résidence habituelle de la partie lésée. C'est une solution qui évite une pluralité des fors, tout en gardant l'option à la disposition du demandeur prévue par le paragraphe 1.

Article 11 – Trusts

Sens du terme « trust »

150 Le terme « trust » n'est pas défini dans la Convention. Il s'agit avant tout d'un concept juridique de *common law*, et peut ne pas être connu d'autres systèmes juridiques. Toutefois, il est défini dans l'article 2 de la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, pour les besoins de cette Convention[90]. Dans la mesure où cette définition énumère les attributs du trust en utilisant des concepts juridiques de *common law*, l'utilisation de cette définition sera utile si des problèmes de définition apparaissent.

Paragraphe 1

151 Les mots utilisés dans la première partie de la première phrase du paragraphe 1 doivent être compris comme s'appliquant aux deux paragraphes de l'article 11. En d'autres termes, ils définissent le type d'actions et le type de trusts auxquels s'applique l'ensemble de l'article 11. La mention, dans le paragraphe 2, de l'absence d'une élection de for vise l'absence d'une telle désignation dans l'acte constitutif de trust et ne concerne pas l'hypothèse où un tel acte n'existe pas. De la même façon, les actions qui peuvent être mises en œuvre dans le cadre du paragraphe 2 sont celles qui sont décrites dans le paragraphe 1.

152 L'article s'applique aux actions concernant la validité, l'interprétation, les effets, l'administration ou la modification d'un trust. Selon l'article 8 de la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, qui, sur cette question, est représentatif des solutions de *common law*, ces questions relèvent de la loi applicable au trust. À moins qu'une disposition contraire soit adoptée, cette loi est fréquemment la loi du tribunal expressément désigné. La compétence est limitée aux litiges internes au trust, c'est-à-dire qui surgissent entre le *trustee* ou le constituant et le bénéficiaire du trust. Pour les litiges opposant les parties au trust et les tiers, la compétence doit être établie en application des autres dispositions de la Convention.

153 L'article s'applique au trust créé volontairement et dont la preuve est apportée par écrit, que le trust soit constitué entre vifs ou par testament[91]. Il ne s'applique pas aux situations dans lesquelles, en application de la *common law*, le trust par implication est imposé par la loi ou résulte d'une décision de justice en *equity*. Bien que le trust doive être créé volontairement, il n'est pas nécessaire qu'il résulte d'un accord : il peut être créé unilatéralement par un acte constitutif de trust ou par testament. Même lorsque le trust est créé par accord de volontés, il reste hors du champ d'application de l'article 4(1) et (2). Il s'ensuit que l'élection de for lie les bénéficiaires du trust, même s'ils n'ont jamais donné leur consentement ou ratifié ce choix. L'exclusion des testaments et successions du champ d'application matériel de la Convention n'est pas contradictoire avec l'inclusion expresse des trusts créés par voie testamentaire dans l'article 11. L'exclusion signifie que les questions préliminaires, comme celles concernant la validité du testament ou son interprétation sont exclues, même si elles sont liées à la validité ou à l'interprétation d'un trust. Mais relèvent de l'article 11 les questions qui peuvent se poser au cours de l'administration d'un trust valablement créé par voie testamentaire[92].

154 Si l'acte constitutif désigne les tribunaux d'un État contractant comme compétents pour entendre les litiges couverts par l'article 11, les tribunaux de cet État seront exclusivement compétents, que l'exclusivité soit ou non expressément stipulée. Bien que les termes utilisés dans la première phrase mentionnent « les tribunaux d'un État contractant », l'acte constitutif peut désigner un tribunal spécifique dans un État contractant ou les tribunaux d'un État contractant en général[93]. De façon plus exacte, la seconde phrase utilise les termes « un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant » et l'on ne peut supposer que ces deux catégories de tribunaux, au moins pour ces questions, fassent l'objet d'un traitement différent.

155 La seconde phrase concerne l'élection d'un tribunal ou des tribunaux d'un État non contractant. Dans ce cas, la Convention ne peut pas, bien évidemment, attribuer compétence, mais se contente simplement d'exiger que les tribunaux des États contractants se déclarent incompétents ou sursoient à statuer, sauf si le tribunal ou les tribunaux choisis se sont eux-mêmes déclarés incompétents. Il revient au tribunal saisi de décider s'il se dessaisit ou s'il sursoit à statuer, et ce choix est ouvert tant que l'autre tribunal n'a pas statué sur sa propre compétence. On peut supposer que le tribunal saisi ne va pas se dessaisir avant d'être certain que l'autre tribunal est bien compétent.

156 Dans la mesure où l'article 17 ne réserve pas explicitement les dispositions de l'article 11(1), il pourrait être soutenu qu'un autre tribunal pourrait se déclarer compétent en application de son droit national, malgré le caractère exclusif de la compétence du tribunal élu dans l'acte constitutif de trust. Tel ne semble pourtant pas être le cas. La compétence exclusive mise en place par l'article 11(1) est analogue à celle qui résulte d'une clause attributive de juridiction de l'article 4, laquelle prévaut sur l'article 17. Plus encore, les restrictions imposées par les articles 7, 8 et 12 sont aussi applicables à l'élection de for de l'article 11(1). Comme la compétence exclusive de l'article 4, la compétence exclusive du tribunal élu de l'article 11(1) peut être écartée en application de l'article 5 si le défendeur comparaît au fond devant un autre tribunal sans contester la compétence.

[89] C'est la solution retenue par la CJCE dans l'arrêt *Shevill c. Press Alliance*, 7 mars 1995, C-68/93 en matière de diffamation par le moyen de la presse, *Rec.*, p. I-450.
[90] Cette Convention a jusqu'ici été ratifiée par les pays suivants : Australie, Bulgarie, Chine (pour la Région administrative spéciale de Hong Kong uniquement), Italie, Pays-Bas et Royaume-Uni. Malte a adhéré à la Convention. Elle a été signée par Chypre, la France, le Luxembourg et les États-Unis d'Amérique.

[91] Cette limite est aussi celle de la Convention Trust de 1985, voir son art. 3.
[92] Pour des exclusions similaires voir la Convention Trust de 1985, art. 4.
[93] Voir *supra*, les commentaires sur l'art. 4, pour quelques uns des problèmes qui peuvent se poser dans l'hypothèse de la désignation générale des tribunaux d'un État comportant plusieurs systèmes juridictionnels.

principle be quantified until the application has been heard on its merits. One could also adopt the proposal to limit the competence of each jurisdiction to the damage which has occurred in that place.[89] However, this solution amounts to imposing on the injured party the obligation to bring a series of parallel actions in order to win damages, which might be too expensive, or to have recourse to the forum of the act or omission. This solution would ultimately deprive the plaintiff of the option of the place of the injury.

149 The Special Commission has chosen a different solution, in order to take account of the interests involved. Thus paragraph 4 states the principle that the courts of the State of the injury have jurisdiction only for an injury which occurred or may occur in that State, but with one restriction. If the injured party has his habitual residence in the country where damages are claimed, the court seised will be competent to rule on the whole of the damage. In other words, in order to confer this enlarged jurisdiction on the courts of the place of the injury, another connecting factor is required, namely the habitual residence of the injured party. This solution avoids a plurality of different fora, while retaining the option for the plaintiff provided in paragraph 1.

Article 11 – Trusts

The meaning of "trust"

150 The term "trust" is not defined in the Convention. It is essentially a common law concept and may not be known in other legal systems. However, it is defined in Article 2 of the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition* for the purposes of that Convention.[90] Since that definition recites the attributes of a trust according to existing common law concepts, reference to that definition will be instructive should any question of definition arise.

Paragraph 1

151 The words in the first sub-sentence of paragraph 1 should be read as governing both paragraphs in Article 11. In other words, they define the type of proceedings and type of trust to which Article 11 as a whole applies. The reference in paragraph 2 to the absence of a designation of the forum refers to the absence of such designation in the relevant document and does not cover the situation where there is no such document. Similarly, the proceedings that may be brought under paragraph 2 are the type of proceedings described in paragraph 1.

152 The Article applies to proceedings concerning the validity, construction, effects, administration or variation of a trust. According to Article 8 of the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition* which on this point reflects established common law doctrine, these matters are determined by the law governing the trust. Unless provision is made to the contrary, that law is likely to coincide with that of the expressly designated forum. The jurisdiction is confined to disputes which are internal to the trust, that is to say, which arise between the trustee or settlor and the beneficiaries of the trust. Jurisdiction in respect of disputes between the parties to the trust and third parties must be established under other provisions of the Convention.

153 The Article applies to a trust created voluntarily and evidenced in writing whether between living persons or by testament.[91] It does not include situations whereby at common law a resulting or constructive trust is imposed by law. Although the trust must be created voluntarily it need not be the product of an agreement: it can be created unilaterally by a trust deed or in a testamentary instrument. Even where it is created by agreement it falls outside the scope of Article 4(1) and (2). It follows that the choice of forum is binding on persons who are beneficiaries under the trust even though they have never given their consent or ratification to that choice. The exclusion of wills and succession from the substantive scope of the Convention does not conflict with the express inclusion of testamentary trusts in Article 11. The exclusion means that preliminary issues, such as questions as to the validity of the will and its interpretation even in so far as they relate to the validity and meaning of the trust, are excluded. But other issues arising in the course of administration of a testamentary trust which has been validly created are covered by Article 11.[92]

154 If the instrument designates the courts of a Contracting State as the forum for proceedings of the type to which the Article applies, the courts of that State shall have exclusive jurisdiction whether or not the jurisdiction is expressed to be exclusive. Although the provision in the first sentence refers to "the courts of a Contracting State", the instrument may designate either a specific court within a Contracting State or the courts of a Contracting State generally.[93] The second sentence refers more correctly to "a court or courts of a non-Contracting State" and it cannot be assumed that those categories, at least in this respect, are to be treated differently.

155 The second sentence deals with the designation of a court or courts of a non-Contracting State. In that case the Convention cannot, of course, confer jurisdiction, but provides merely that courts in Contracting States shall decline jurisdiction or suspend proceedings unless the court or courts chosen have themselves declined jurisdiction. The choice of dismissing the proceedings or suspending them until the other court has had the opportunity of determining whether it will take jurisdiction is for the court seised to make. It can be expected that the court seised will not normally decline jurisdiction unless it is satisfied that the other court has jurisdiction.

156 Since Article 17 is not expressed to be subject to Article 11(1) it could be argued that a derogated court can assume jurisdiction under national law despite the exclusive jurisdiction of the court designated in the trust instrument. This may not be intended. The type of exclusive jurisdiction referred to in Article 11(1) is similar to that arising out of a choice of court agreement under Article 4 which does prevail over Article 17. Furthermore, the restraints imposed by Articles 7, 8 and 12 are also applicable to choice of court stipulations under Article 11(1). Like the exclusive jurisdiction under Article 4, the exclusive jurisdiction of the designated court under Article 11(1) can be displaced under Article 5 if the defendant proceeds on the merits in another court without contesting jurisdiction.

[89] This is the solution adopted by the European Court of Justice in the judgment *Shevill v. Press Alliance*, 7 March 1995, C-68/93, in a case concerning press defamation, *ECR*, p. I-450.

[90] The Convention has been ratified so far by: Australia, Bulgaria, China (for the Hong Kong SAR only), Italy, the Netherlands and the United Kingdom. Malta has acceded. It has been signed by Cyprus, France, Luxembourg and the United States of America.

[91] This is also the limit of application of the 1985 Trusts Convention, see its Art. 3.

[92] See, for a similar exclusion, the 1985 Trusts Convention, Art. 4.

[93] See the comments on Art. 4 above, for some of the problems that may arise out of a general designation of a multi-jurisdictional State.

Paragraphe 2

157 Le paragraphe 2 traite de la situation, probablement la plus courante, où l'acte constitutif de trust ne désigne pas un tribunal ou des tribunaux. Dans ce cas, les actions décrites dans le paragraphe 1 peuvent être mises en œuvre devant plusieurs fors, si tant est qu'ils se distinguent, au choix du demandeur et sans hiérarchie particulière. Ces fors sont:

Lettre a) – *L'État dans lequel est situé le lieu principal d'administration du trust*

158 Ce lieu peut être désigné par le constituant dans l'acte constitutif de trust. Si tel n'est pas le cas, la détermination de ce lieu dépendra du lieu de résidence habituelle des *trustees*, du lieu où ceux-ci se réunissent et de la question de savoir si l'administration quotidienne du trust est ou non confiée à un organisme distinct.

Lettre b) – *L'État dont la loi est applicable au trust*

159 Encore une fois, l'acte constitutif de trust peut désigner la loi applicable au trust. Si tel n'est pas le cas, pour les États parties à la *Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, la loi applicable sera, selon l'article 7, «la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits», compte tenu de différents indices énumérés dans l'article tels que: le lieu d'administration du trust désigné par le constituant, le lieu de situation des biens du trust, le lieu de résidence et d'établissement du *trustee*, les objectifs du trust et les lieux où ils doivent être accomplis. Les pays de *common law* qui ne sont pas Parties à la Convention Trust de 1985 suivront aussi probablement ces règles, qui reflètent les solutions de la *common law*.

Lettre c) – *L'État avec lequel le trust a les liens les plus étroits aux fins de l'action*

160 En principe, ce lieu coïncidera avec celui visé aux lettres *a)* et *b)*. Toutefois, dans la mesure où la lettre *c)* renvoie au lien avec un État, alors que la lettre *b)*, par inférence, au lien avec la loi des liens les plus étroits, il est possible que les solutions diffèrent.

Article 12 – Compétences exclusives

161 Cet article prévoit une série de compétences exclusives, dans le sens qu'elles s'appliquent indépendamment de la résidence habituelle des parties, et même si toutes les parties ont leur résidence habituelle dans l'État du juge saisi (art. 2(1) *b)*), n'admettent aucune prorogation de for (art. 4 et 5), et ne permettent aucune litispendance et aucun refus d'exercer la compétence (art. 21 et 22). La nature exclusive de ces compétences devrait aussi impliquer, bien que l'avant-projet de Convention ne se prononce pas sur ce point, que les tribunaux saisis en violation de ces compétences se déclarent d'office incompétents. L'opportunité de prévoir des compétences exclusives dans la Convention a été longuement débattue au sein de la Commission spéciale. S'il est vrai que la plupart des systèmes juridiques nationaux connaissent de telles compétences exclusives, et qu'elles trouvent également leur place dans des Conventions régionales[94], on peut s'interroger sur l'opportunité de les insérer dans une convention mondiale, dans le cadre de laquelle l'utilité pratique d'une distribution trop rigide de la compétence des États pourrait être contestée. C'est pourquoi la Commission spéciale a limité le nombre et l'étendue des compétences exclusives, en les restreignant aux seuls cas où leur utilité est certaine.

162 En prévoyant des compétences exclusives, l'avant-projet de Convention les attribue aux «tribunaux de l'État contractant» dans lequel se trouve le rattachement sur lequel la compétence exclusive est fondée. Il ne se prononce pas sur les conséquences de l'existence de ce même rattachement dans un État tiers. Par conséquent, la question demeure ouverte de savoir si et dans quelle mesure les États contractants sont obligés de respecter les autres compétences prévues par la Convention en présence d'un rattachement avec un État tiers, qui figure parmi ceux qui sont déclarés exclusifs par l'article 12. À défaut d'indication expresse dans la Convention, et étant sous-entendu que la Convention ne peut pas attribuer des compétences aux juges d'États tiers, la solution du problème ne pourra que dépendre du droit national de chaque État contractant, auquel il reviendra de préciser dans quelle mesure l'exclusivité pourra jouer en faveur d'un État non contractant[95].

Paragraphe 1

163 Ce paragraphe établit une compétence exclusive en matière immobilière, en fonction du rattachement à l'État dans lequel l'immeuble est situé. Cette compétence concerne deux catégories d'actions: les actions portant sur des droits réels immobiliers et les actions portant sur des baux d'immeubles.

164 La compétence exclusive des tribunaux de l'État de situation de l'immeuble en matière de droits réels immobiliers se justifie avec la considération que les actions en cette matière impliquent le plus souvent des constatations de fait, des investigations et des vérifications sur place qui peuvent être mieux effectuées au lieu de situation de l'immeuble. On ajoute que souvent ces actions comportent la modification de registres ou autres formes de publicité[96]. La notion d'actions portant sur des droits réels immobiliers peut se prêter à des interprétations différentes selon les différents systèmes juridiques. Compte tenu de l'étendue restreinte que la Commission spéciale a voulu attribuer aux compétences exclusives, cette notion doit être interprétée comme visant seulement les actions qui portent sur la propriété, la possession ou un droit réel sur l'immeuble, à l'exclusion des actions qui, tout en concernant un immeuble, n'ont pas pour objet un droit réel (*in rem*) sur ce dernier[97]. En d'autres termes, il est nécessaire que l'action soit fondée sur un droit réel et non sur un droit personnel[98] ou, si l'on peut utiliser cette expression, que l'action tend à la reconnaissance d'un droit «contre tout le monde» («*as against the world*»)[99].

165 Les raisons qui militent en faveur d'une compétence exclusive en matière de droits réels immobiliers ne justifient qu'en partie une compétence exclusive en matière de baux d'immeubles. Dans ce domaine ce n'est pas seulement la né-

[94] Voir notamment art. 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano.

[95] Pour une discussion de cette question, eu égard à la Convention de Bruxelles, qui ne donne pas plus d'indication à ce sujet, voir G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Librairie Dalloz, 1972, Nos 164 et s.; J. Kropholler (*op. cit.* note 40), p. 101 et s.

[96] Voir, pour ces justifications du for de l'immeuble, le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), *sub* art. 16 (1).

[97] La question de savoir quand on est en présence d'un droit réel au sens strict du terme reste à apprécier à la lumière des différents systèmes nationaux. Ainsi, par exemple, les «*equitable interests*» connus du *common law* peuvent, le cas échéant, être considérés de la même façon que des droits réels, lorsqu'on peut les faire valoir contre quiconque. Voir à propos de la règle analogue de l'art. 16 (1) de la Convention de Bruxelles, le Rapport Schlosser (*op. cit.* note 10), No 167.

[98] Voir en ce sens *Webb c. Webb*, CJCE, 17 mai 1994, C-294/92, qui a nié la nature réelle d'une action tendant à faire constater qu'une personne détenait un immeuble en qualité de *trustee* et à lui faire enjoindre d'établir les documents nécessaires pour permettre au demandeur d'acquérir la *legal ownership*. Voir aussi les observations critiques de J.P. Beraudo, *Revue critique*, 1995, p. 130 et s.

[99] Voir L. Collins, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, Londres, Butterworths, 1983, p. 79; voir aussi J. Kropholler (*op. cit.* note 40), p. 104.

Paragraph 2

157 Paragraph 2 deals with the situation, likely to be more common, where the trust instrument does not designate a court or courts. In that case the proceedings relating to the matters described in paragraph 1 may be brought in a number of fora, in so far as they differ, at the option of the plaintiff without any specific hierarchy. They are:

Sub-paragraph a) – *The State in which is situated the principal place of administration of the trust*

158 This place may be designated by the settlor in the trust instrument. If not, the answer will depend on where the trustees habitually reside, where they meet and whether the day-to-day administration of the trust is in the hands of another body.

Sub-paragraph b) – *The State the law of which is the law applicable to the trust*

159 Once again the trust instrument may nominate what shall be the law applicable to the trust. If not, for those States that are Parties to the *Hague Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition*, the trust will be governed under Article 7 of that Convention by "the law with which it is most closely connected", taking account of the factors set out in that Article, such as: the place of administration of the trust designated by the settlor, the situs of the assets of the trust, the place of residence and business of the trustee, and the objects of the trust and the places where they are to be fulfilled. Common law countries which are not Parties to the 1985 Trusts Convention are likely to follow these rules also since they reflect the common law.

Sub-paragraph c) – *The State with which the trust has the closest connection for the purpose of the proceedings*

160 Normally this will coincide with the place indicated under sub-paragraphs *a)* or *b)* above. However, since *c)* refers to a link with the State and *b)* by inference to a link with the law of closest connection, it is possible that they may differ.

Article 12 – Exclusive jurisdiction

161 This Article provides for a number of grounds of exclusive jurisdiction, to apply irrespective of the habitual residence of the parties, and even if all the parties are habitually resident in the State of the court seised (Art. 2(1) *b)*). It excludes any choice of court (Arts 4 and 5) and does not allow *lis alibi pendens* or declining jurisdiction (Arts 21 and 22). Although the preliminary draft Convention does not say so, the exclusive nature of these grounds of jurisdiction will also imply that if other courts are seised nonetheless they must automatically rule that they lack jurisdiction. There were lengthy debates in the Special Commission on whether it is desirable to provide for exclusive grounds of jurisdiction in the Convention. Although it is true that most national legal systems have such grounds of jurisdiction, and they are also found in regional Conventions,[94] it is far from certain that they ought to be included in an international convention, as in this context it might be argued that there is little practical value in arranging too rigid a distribution of State jurisdiction. For this reason, the Special Commission has limited the number and extent of the categories of exclusive jurisdiction, confining them to instances where they are found to be useful.

162 In providing for exclusive grounds of jurisdiction, the preliminary draft Convention confers them on the "courts of the Contracting State" in which is found the connecting factor underlying the exclusive jurisdiction. It does not determine what the outcome will be if the same connecting factor is found in a non-Contracting State. It therefore remains to be seen whether and how far Contracting States are bound to respect the other grounds of jurisdiction provided in the Convention if there is, in a non-Contracting State, one of the connecting factors deemed in this Article to be exclusive. Since there is no express indication in the Convention, and as it is understood that the Convention cannot confer jurisdiction on the courts of non-Contracting States, the problem can only be solved according to the national law of each Contracting State, which will have to specify to what extent the exclusiveness may act in favour of a non-Contracting State.[95]

Paragraph 1

163 This paragraph establishes exclusive jurisdiction in matters to do with immovable property, depending on the connection with the State in which the immovable is situated. This jurisdiction covers two kinds of proceedings: those concerning rights *in rem*, and those concerning tenancies of immovable property.

164 The exclusive jurisdiction of the courts of the State in which the immovable is situated where rights *in rem* are concerned is warranted by the fact that proceedings in this area usually involve findings of fact, investigations and verifications on the spot, which may be easier to carry out at the place where the immovable is situated. Moreover, such proceedings often involve the alteration of registers or other kinds of public document.[96] The concept of proceedings concerning rights *in rem* may be open to differing interpretations in different legal systems. In view of the Special Commission's intention that exclusive jurisdiction should be limited in its reach, this concept should be interpreted as relating only to proceedings concerning ownership or possession of or rights *in rem* to the immovable, not proceedings about immovables which do not have as their object a right *in rem*.[97] In other words, the action must be based on real rather than personal rights[98] or, if one may use this term, it must be aiming for recognition of a right "as against the world".[99]

165 The reasons for having exclusive jurisdiction for rights *in rem* apply only in part where tenancies of immovable property are concerned. In this area the need for on-site findings

[94] For example, Art. 16 of the Brussels and Lugano Conventions.

[95] For a discussion of this issue, in the light of the Brussels Convention, which also omits to mention the subject, see G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Librairie Dalloz, 1972, Nos 164 *et seq.*; J. Kropholler (*op. cit.* note 40), pp. 101 *et seq.*

[96] For these arguments in favour of the forum of the immovable, see the Jenard Report (*op. cit.* note 32), *sub* Art. 16 (1).

[97] The question when a right *in rem* is involved, in the strict sense of the term, has to be judged in the light of the various national systems. For instance, in the common law systems "equitable interests" to which claims can be laid against third parties may be regarded as akin to rights *in rem*. For the comparable rule in Art. 16 (1) of the Brussels Convention, see the Schlosser Report (*op. cit.* note 10), No 167.

[98] In this connection, see *Webb v. Webb*, European Court of Justice, 17 May 1994, C-294/92. This judgment finds that there is no real property aspect to an action seeking to establish that a person was holding an immovable as a trustee, and to order him to draw up the necessary documents to enable the applicant to acquire legal ownership. See also the critical observations by J.P. Beraudo, *Revue critique*, 1995, pp. 130 *et seq.*

[99] See L. Collins, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, London, Butterworths, 1983, p. 79; see also J. Kropholler (*op. cit.* note 40), p. 104.

cessité de constatations sur place, qui d'ailleurs n'existe pas toujours, mais plutôt la considération que le contrat de bail d'immeuble est souvent soumis à un régime spécial, de nature complexe, ayant parfois un caractère impératif, qui incite à confier exclusivement aux tribunaux de l'État dans lequel ces règles sont en vigueur la tâche de les appliquer.

166 Pour ces raisons l'avant-projet de Convention vise la compétence exclusive de l'État contractant où l'immeuble est situé en matière de baux d'immeubles[100]. C'est une compétence bien distincte de celle relative aux droits réels immobiliers, car elle s'exerce de manière exclusive à l'égard d'actions dans lesquelles la propriété ou d'autres droits réels ne sont pas en jeu.

167 Par ailleurs, une compétence exclusive en cette matière ne peut qu'être limitée aux situations auxquelles les justifications susmentionnées s'appliquent. Le précédent de la Convention de Bruxelles, dont le texte initial ne posait aucune limite à cette compétence exclusive, est éclairant. Les difficultés rencontrées par la pratique dans l'application de l'article 16 (1) de cette Convention, confirmées par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes[101], ont en effet provoqué une révision de la disposition pour en restreindre la portée, en excluant de celle-ci les baux d'immeubles conclus en vue d'un usage personnel temporaire pour une courte durée, à la condition que le locataire soit une personne physique et que le locataire et le propriétaire soient domiciliés dans le même État contractant[102].

168 Dans la même optique, l'avant-projet de Convention exclut de la compétence exclusive de l'État du lieu de situation de l'immeuble les baux d'immeubles dans lesquels le locataire a sa résidence habituelle hors de l'État où l'immeuble se trouve. Il y a lieu de remarquer que cette exception a une portée bien plus large que celle de la Convention de Bruxelles, dans la mesure où elle n'est pas subordonnée à la durée et à l'usage de la location, ni à la qualité des parties concernées, ni à la résidence de ces dernières dans le même État. Il est encore à souligner qu'à la différence de la Convention de Bruxelles, qui laisse subsister la compétence, bien que non exclusive, des tribunaux de l'État de situation de l'immeuble, la disposition de l'avant-projet de Convention implique que lorsque le locataire n'a pas de résidence habituelle dans cet État, aucune compétence, même non exclusive, n'est donnée par la Convention à ses tribunaux en la matière.

169 Les actions concernant les baux d'immeubles dans la situation considérée seront réglées, quant à la compétence, par les autres dispositions de la Convention (for du défendeur, for contractuel, for élu, etc.) dans la mesure où elles puissent s'appliquer au cas d'espèce, ou par le droit national de l'État du juge saisi. Dans ce contexte, il n'est pas exclu non plus que l'État de situation de l'immeuble prévoie, dans son droit national, en vertu de l'article 17, la compétence de ses tribunaux en la matière.

Paragraphe 2

170 Ce paragraphe prévoit une compétence exclusive pour les actions portant sur la validité, la nullité ou la dissolution des personnes morales, ainsi que sur la validité ou la nullité des décisions de leurs organes. La prévision d'une compétence exclusive à cet égard s'inspire de la disposition analogue des Conventions de Bruxelles et de Lugano, mais avec une portée plus restreinte, dans la mesure où elle ne vise que les personnes morales; les sociétés et associations non enregistrées dépourvues de personnalité juridique sont par conséquent exclues de son domaine[103]. Il faut encore souligner que si à propos des actions portant sur la personne morale elle-même l'attribution d'une compétence exclusive ne soulevait pas de problèmes graves, la Commission spéciale a beaucoup hésité avant de prévoir une compétence exclusive pour les actions concernant les organes de la personne morale. L'opportunité d'une compétence exclusive a enfin été retenue, dans le but d'éviter une pluralité de fors en la matière et de parvenir à une meilleure sécurité juridique, étant entendu cependant que la règle doit être interprétée d'une manière stricte, qui évite que des actions portant sur les conséquences d'une décision de la personne morale puissent tomber sous l'empire de la règle.

171 Le rattachement à retenir pour fonder cette compétence exclusive n'est pas sans problèmes, à la lumière des difficultés que présente la définition du lien le plus étroit d'une personne morale avec un État et de la variété de solutions qu'elle offre en droit comparé. Ayant écarté une référence au siège statutaire, qui n'est pas connu de tous les systèmes juridiques, et ne pouvant pas suivre la solution retenue pour le for général du défendeur – qui aurait amené à une pluralité de fors –[104], la Commission spéciale a adopté le critère du rattachement à l'État dont la loi régit la personne morale. C'est une solution qui présente l'inconvénient de faire dépendre la compétence de l'application d'une règle de conflit de lois[105], mais elle tend à assurer l'existence d'un lien important de la personne morale avec l'État dont les tribunaux exercent la compétence. Cette loi sera d'ailleurs dans bien des cas la loi selon laquelle la personne morale a été enregistrée, bien que la possibilité de compétences exclusives concurrentes en la matière ne soit nullement exclue, en tant que conséquence inévitable du recours au droit international privé des États contractants[106].

Paragraphe 3

172 La compétence exclusive contenue dans ce paragraphe au bénéfice des tribunaux de l'État contractant dans lequel un registre est tenu pour les actions portant sur la validité ou la nullité des inscriptions sur ce registre n'a soulevé aucun problème à la Commission spéciale. Il s'agit là en effet d'une compétence traditionnellement admise, qui se retrouve dans le droit national de plusieurs États, ainsi que dans d'autres conventions internationales[107]. Cette compétence ne concerne, il est bien de le souligner[108], que la validité des inscriptions dans les registres et ne s'étend pas aux effets juridiques de telles inscriptions[109].

Paragraphe 4

173 Ce paragraphe établit une compétence exclusive en matière de propriété industrielle, lorsqu'il s'agit de brevets, marques, dessins et modèles, et d'autres droits analogues qui donnent lieu à un dépôt ou à un enregistrement. La compétence est donnée aux tribunaux de l'État contractant dans lequel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé ou a été effectué; ou,

[100] L'avant-projet de Convention adopte une solution unique pour tous les baux d'immeubles, qu'ils soient de nature commerciale ou autre, bien que l'on puisse se poser la question de savoir si, à la lumière des considérations invoquées en faveur d'une compétence exclusive, un traitement uniforme est justifié.
[101] *Rösler c. Rottwinkel*, CJCE, 15 janvier 1985, 241/83.
[102] Voir en ce sens le texte de la dernière révision proposée de la Convention de Bruxelles, tel qu'il résulte de la proposition de la Commission au Conseil du 14 juillet 1999, doc. COM (1999) 348 final.

[103] L'art. 16 (2), des Conventions de Bruxelles et de Lugano vise au contraire des « sociétés ou personnes morales », en incluant également des entités qui n'ont pas de personnalité morale.
[104] Voir le commentaire à l'art. 3.
[105] Une solution basée sur le droit international privé se retrouve également dans la Convention de Bruxelles, bien qu'elle joue par l'intermédiaire de la notion de siège de la société ou personne morale.
[106] Voir à ce sujet, pour la Convention de Bruxelles, H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), No 93.
[107] Voir en particulier l'art. 16 (3), des Conventions de Bruxelles et de Lugano.
[108] Car Jenard dans son rapport (*op. cit.* note 32), *sub* art. 16 (3), s'exprime dans un sens différent.
[109] Ainsi B. Von Hoffmann, *AWD*, 1973, p. 62.

does not always exist. But the tenancy contract will often be subject to a complex special regime, sometimes of a binding nature, which prompts the consideration that the task of applying these rules should be entrusted exclusively to the courts of the State in which the rules are in force.

166 For these reasons, the preliminary draft Convention provides that the Contracting State in which the property is situated will have exclusive jurisdiction for tenancies of immovable property.[100] This form of jurisdiction is quite separate from that relating to rights *in rem*, as it is exercised exclusively for proceedings in which ownership or other real property rights are not in issue.

167 In any event, exclusive jurisdiction in this field must necessarily be limited to situations in which the above justifications apply. The precedent of the Brussels Convention, in which the original text did not set any limit to this exclusive jurisdiction, is enlightening. The difficulties encountered in practice in applying Article 16 (1) of that Convention, which are borne out in the case law of the European Court of Justice,[101] have resulted in the clause being revised to restrict its scope, excluding tenancies entered into for a short period for temporary personal use, on condition the tenant is a natural person and that both the tenant and the owner are domiciled in the same Contracting State.[102]

168 From the same point of view, the preliminary draft Convention removes from the exclusive jurisdiction of the State where the immovable is situated tenancies of immovables in which the tenant habitually resides outside that State. It should be noted that the scope of this exception is much wider than in the Brussels Convention, because it is not conditional upon the duration and use made of the tenancy or the status of the parties involved, nor is it subject to their being resident in the same State. It must also be pointed out that unlike the Brussels Convention, which leaves untouched the jurisdiction, albeit non-exclusive, of the courts of the State where the immovable is situated, the clause in the preliminary draft Convention implies that when the tenant is not habitually resident in that State, its courts will not have jurisdiction of any kind, even non-exclusive, under the Convention.

169 Proceedings concerning tenancies of immovables in that situation are governed as to jurisdiction by the other provisions in the Convention (defendant's forum, contract forum, choice of court, etc.) where these apply in a particular case, or by the national law of the State of the court seised. In that respect, it is also possible for the State in which the immovable is situated to make provision in its national law, under Article 17, for its courts to have jurisdiction in these cases.

Paragraph 2

170 This paragraph provides exclusive jurisdiction for proceedings concerning the validity, nullity or dissolution of legal persons, and the validity or nullity of decisions of their organs. The provision for exclusive jurisdiction for these is derived from the similar provision in the Brussels and Lugano Conventions, but its scope is more restricted, since it relates only to legal persons; accordingly, unregistered companies and associations without legal personality are outside its reach.[103] It should also be pointed out that although there were no serious problems in conferring exclusive jurisdiction for proceedings relating to the legal person itself, the Special Commission was very hesitant to provide exclusive jurisdiction for proceedings relating to the organs of the legal person. It was finally decided that it was best to opt for exclusive jurisdiction, in order to avoid a plurality of fora in this field and to achieve greater legal security, on the understanding however that the rule is to be interpreted strictly, to ensure that the rule is not applied to proceedings relating to the consequences of a decision made by the legal person.

171 It can be problematic to decide which connecting factor should be chosen as the basis for this exclusive jurisdiction, because of the difficulty of determining which is the closest link between a legal person and a State, and because of the different ways in which this problem is resolved in comparative law. Having decided against a reference to the statutory seat, which is not a regular feature in all legal systems, and finding itself unable to adopt the solution of the defendant's general forum – which would have resulted in a plurality of fora[104] –, the Special Commission adopted the criterion of a connection to the State whose law governs the legal person. This solution has the disadvantage that jurisdiction depends on the application of a conflict of laws rule,[105] however it seeks to ensure that there will be a significant link between the legal person and the State whose courts are exercising jurisdiction. Moreover, in many cases this will be the law under which the legal person was incorporated, although the possibility of concurrent exclusive jurisdiction in this field cannot be excluded, being an inevitable consequence of having recourse to private international law of Contracting States.[106]

Paragraph 3

172 The Special Commission had no difficulty in making provision in this paragraph for exclusive jurisdiction for the courts of the Contracting State in which a register is kept, in the case of proceedings concerning the validity or nullity of entries in the register. This is a traditional form of jurisdiction which is found in the national law of several States, and in other international conventions.[107] It should be made clear[108] that this jurisdiction covers only the validity of entries in registers and does not extend to the legal effects of the entries.[109]

Paragraph 4

173 This paragraph establishes exclusive jurisdiction in intellectual property matters, as regards patents, trademarks, designs and models, and other similar rights which have to be deposited or registered. Jurisdiction is conferred on the courts of the Contracting State in which the deposit or registration has been applied for or has taken place or, where appropri-

[100] The preliminary draft Convention adopts the same solution for all tenancies of immovable property, whether commercial or other premises, although it may be asked whether uniform treatment is desirable in view of the considerations prompting exclusive jurisdiction.
[101] *Rösler v. Rottwinkel*, European Court of Justice, 15 January 1985, 241/83.
[102] See the text of the most recent proposed revision of the Brussels Convention, based on the Commission's proposal to the Council on 14 July 1999, doc. COM (1999) 348 final.

[103] Art. 16 (2) of the Brussels and Lugano Conventions, on the other hand, refers to "a company or legal person", and includes entities without legal personality.
[104] See the commentary to Art. 3.
[105] In the Brussels Convention there is also a solution based on private international law, although it operates through the concept of the seat or headquarters of the company or legal person.
[106] On this point, for the Brussels Convention see H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), No 93.
[107] See especially Art. 16 (3) of the Brussels and Lugano Conventions.
[108] Since Jenard in his Report (*op. cit.* note 32), *sub* Art. 16 (3), expresses a different view.
[109] See B. Von Hoffmann, *AWD*, 1973, p. 62.

le cas échéant, aux tribunaux de l'État contractant où, aux termes d'une Convention internationale, le dépôt ou l'enregistrement est réputé avoir été effectué. Cette formulation reprend celle de la Convention de Bruxelles, qui tient compte des particularités des droits nationaux, ainsi que du système prévu par l'arrangement de Madrid de 1891 et par la *Convention de La Haye de 1925*, qui repose sur la fiction que le dépôt effectué auprès du Bureau international de Berne par l'intermédiaire de l'administration d'origine a la même valeur que si les marques, dessins et modèles avaient été directement déposés dans chaque État contractant[110]. La référence aux conventions internationales a donc pour but de reprendre dans le cadre de la Convention un système bien connu et utilisé par la pratique.

174 Des droits de propriété intellectuelle pris en compte par la disposition sont expressément exclus les droits d'auteur et les droits voisins à ceux-ci. Puisque ces droits ne sont pas toujours soumis à une procédure de dépôt ou d'enregistrement, la Commission spéciale a estimé préférable de ne pas les inclure dans une règle qui prévoit une compétence exclusive et qui, pour cette raison, aurait rencontré des difficultés dans son application.

175 La question la plus délicate examinée par la Commission spéciale a porté sur la définition des actions concernant les droits de propriété intellectuelle à prendre en considération. L'opportunité d'une compétence exclusive pour les actions relatives à la validité des droits étant hors discussion, on peut s'interroger sur l'utilité d'une telle compétence en matière d'actions concernant leur violation[111]. Il ne fait pas de doute que les actions de violation ou de contrefaçon d'un droit de propriété industrielle impliquent souvent une décision à titre incident sur la validité du droit en question, mais cette constatation ne conduit pas forcément à la conclusion que le contentieux en la matière doit être concentré en tout cas dans l'État de dépôt ou d'enregistrement. On peut également estimer qu'une compétence exclusive n'est opportune que lorsque les tribunaux de ce dernier État se prononcent sur la validité du droit à titre principal et que leur décision a une efficacité *erga omnes*. La même opportunité ne se présenterait pas lorsque, dans une action en violation, le juge doit se prononcer sur la validité à titre incident, avec effet limité à la solution de la procédure en cours entre les parties. La détermination de la compétence pourrait alors être laissée aux règles ordinaires de la Convention (for du défendeur, for du délit, etc.). La Commission spéciale n'a pas pris une décision à cet égard et a mentionné la question de la résiliation et de la violation des droits de propriété industrielle entre crochets, à l'attention de la Session diplomatique. La solution à donner à la question est liée aussi à l'introduction éventuelle de la règle proposée au paragraphe 5 et au problème plus général de l'applicabilité des compétences exclusives de l'article 12 lorsque le tribunal est saisi à titre incident, ainsi qu'il sera dit sous le paragraphe 6 ci-dessous.

Paragraphe 5

176 Ce paragraphe concerne le dernier problème qu'on vient d'examiner sous le paragraphe 4 et pourrait être adopté si la portée de la compétence exclusive de l'État du dépôt ou d'enregistrement devait comprendre les actions en violation d'un droit de propriété industrielle. Il prévoit en effet qu'en ce qui concerne les actions portant sur la violation d'un brevet, la compétence de l'État du dépôt ou d'enregistrement ne serait pas exclusive, mais concurrente avec les autre fors prévus par la Convention ou ceux établis en vertu du droit national, dans le respect, bien entendu, de l'article 17. Ce paragraphe reviendrait à limiter la portée du paragraphe 4, qui n'aurait, en matière d'actions portant sur la violation d'un brevet, que la fonction d'ajouter une compétence non exclusive aux compétences qui seraient normalement disponibles en vertu de la Convention. Le texte figure entre crochets en vue d'une discussion plus approfondie de la question dans le cadre de la Session diplomatique.

Paragraphe 6

177 Le dernier paragraphe de l'article sur les compétences exclusives traite du problème de l'étendue de ces compétences en fonction de la manière par laquelle le tribunal est saisi d'une question tombant sous l'empire d'une compétence exclusive. Le texte proposé du paragraphe 6 vise à restreindre la portée des compétences exclusives, en la limitant aux cas où le juge est saisi de la question à titre principal. Les questions soulevées à titre incident resteraient par conséquent soumises aux règles ordinaires de compétence. La question à examiner consiste à apprécier s'il est nécessaire ou au moins souhaitable de concentrer les questions visées dans les paragraphes précédents devant les tribunaux d'un seul État, alors même qu'on ne demande pas au juge de les résoudre avec effet général, *erga omnes*, mais uniquement de se prononcer avec un effet limité à la procédure en cours, pour le besoin de la solution d'une autre question dont le tribunal est saisi à titre principal. Puisque la décision à titre incident n'a aucun effet envers les tiers et ne préjuge pas d'une décision différente qui pourrait être prise par le tribunal exclusivement compétent pour en connaître à titre principal, l'opportunité d'une compétence exclusive peut être mise sérieusement en doute; d'autant plus qu'elle pourrait obliger les parties à un différend, lorsqu'il porte principalement sur une question autre que celle pour laquelle la compétence exclusive est établie, à agir devant deux juridictions pour résoudre leur contentieux. Il est intéressant de remarquer que la Convention de Bruxelles se prononce en principe dans ce dernier sens: en établissant que le juge doit se déclarer d'office incompétent lorsqu'il est saisi d'un litige pour lequel le juge d'un autre État contractant est exclusivement compétent en vertu de l'article 16, l'article 19 ne se réfère qu'à l'hypothèse de saisine «à titre principal». Il reste toutefois à établir si le juge saisi à titre incident est obligé de se déclarer incompétent en présence de l'exception du défendeur[112]. La Commission spéciale, en limitant l'exclusivité des compétences prévues à l'article 12 au cas où le juge est saisi à titre principal, a toutefois préféré présenter un texte entre crochets en vue d'une discussion plus approfondie du problème dans le cadre de la Session diplomatique.

Article 13 – Mesures provisoires et conservatoires

Définition des mesures provisoires et conservatoires

178 La Convention ne définit pas ce qu'elle entend par les termes «mesures provisoires et conservatoires» sinon, de façon très limitée, pour les besoins du paragraphe 3. C'est avant tout à la loi du tribunal saisi de déterminer quelles sont les mesures susceptibles d'être mises en œuvre par ce tribunal[113]. Toutefois, les mesures provisoires et conservatoires visent deux objectifs principaux:

[110] Voir le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), *sub* art. 16 (4).

[111] Il y a lieu de rappeler que les actions en violation ne sont pas mentionnées dans l'art. 16 (4) des Conventions de Bruxelles et de Lugano, qui affirme que la compétence exclusive s'applique «en matière d'inscription ou de validité de brevets [...]». Cette règle doit être et a été interprétée restrictivement: voir le Rapport Jenard (*ibid.*), *sub* art. 16 (4); H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), No 97; S. Bariatti, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 501.

[112] Cette question pourrait être laissée au droit national ou bien à l'appréciation du juge saisi. Sur le rôle du droit national dans le régime de l'exception d'incompétence, voir G. Droz (*op. cit.* note 95), Nos 243 et s.

[113] Pour une étude du droit anglais et du Commonwealth, des États-Unis d'Amérique, de l'Allemagne, de la France, des Pays-Bas, de la Suisse et de l'Union européenne, voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 10 d'octobre 1998 (*op. cit.* No 5). Sur la situation au Japon, voir K. Takahashi, «Jurisdiction to Grant an Interim Freezing Order», (1999) 48 *ICLQ* 431.

ate, on the courts of the Contracting State in which according to an international Convention the deposit or registration is deemed to have taken place. This formula is modelled on the one in the Brussels Convention, which takes account of the particular features of national legal systems and of the system laid down in the 1891 Madrid system and the 1925 Hague Convention, which is based on the fiction that a deposit with the International Bureau in Berne by the administration of origin has the same value as if the trademarks, designs and models had been deposited directly in each Contracting State.[110] Hence the aim of the reference to international conventions is to incorporate into the Convention a system which is familiar and in regular use.

174 The intellectual property rights covered by this clause specifically exclude copyright and neighbouring rights. Since these rights are not always subject to a deposit or registration procedure, the Special Commission decided it would be preferable not to include them in a rule providing for exclusive jurisdiction; to do so would have led to difficulties when applying the rule.

175 The most troublesome question considered by the Special Commission was how to define the proceedings concerning intellectual property rights which are to be taken into consideration. The desirability of exclusive jurisdiction for proceedings relating to the validity of the rights is beyond debate, but it is not certain that it is equally desirable for proceedings concerning infringement of these rights.[111] There is no doubt that proceedings for infringement of an industrial property right will often involve an interlocutory decision on the validity of the right in question, but this does not necessarily mean that contentious cases in this field must invariably be focused in the State of the deposit or registration. It may also be thought that exclusive jurisdiction is only advisable where the courts of the latter State are making a decision on the validity of the right as the main issue in the case, and when this decision will take effect *erga omnes*. This advantage is not present where the court, in infringement proceedings, has to decide on validity as an incidental question, the effect of the decision being limited to the resolution of the case between the parties. A decision on jurisdiction in this instance could be left to the ordinary rules of the Convention (defendant's forum, forum of the tort, etc.). The Special Commission did not take a decision on this; it mentioned the question of revocation or infringement of industrial property rights in square brackets, leaving this for the attention of the Diplomatic Session. The solution to this question is also bound up with the possible inclusion of the rule proposed in paragraph 5, and with the more general issue of the applicability of the exclusive jurisdiction in Article 12 when the court is seised for an incidental question, as explained under paragraph 6 below.

Paragraph 5

176 This paragraph relates to the latter problem, considered above under paragraph 4. It could be adopted if the scope of the exclusive jurisdiction of the State of the deposit or registration were to encompass proceedings for infringement of an industrial property right. It provides that in proceedings for the infringement of patents, the jurisdiction of the State of deposit or registration will not be exclusive, but concurrent with the other fora provided by the Convention or established under national law, with due regard of course to Article 17. This paragraph would restrict the scope of paragraph 4, which in proceedings for patent infringement would merely add non-exclusive jurisdiction to the grounds of jurisdiction normally available under the Convention. The text is bracketed with a view to more detailed discussion of this question during the Diplomatic Session.

Paragraph 6

177 The last paragraph of the article on exclusive jurisdiction deals with the problem of its extent according to the manner in which the court is seised of a question covered by exclusive jurisdiction. The proposed text of paragraph 6 aims to restrict the scope of exclusive jurisdiction by limiting it to cases where the court is seised of the question as a principal issue. Matters raised as incidental questions would therefore remain subject to the ordinary rules of jurisdiction. The question to be considered is whether it is necessary, or at least desirable, to focus the questions covered in the previous paragraphs on the courts of a single State, even when the court is not being asked to resolve them with general effect, *erga omnes*, but solely to make a ruling the effect of which will be limited to the ongoing proceedings, for the purpose of deciding another issue which has come before the court as a principal issue. Since the incidental decision has no effect for third parties and does not foreclose the possibility that the court which has exclusive jurisdiction for the principal issue may reach a different conclusion, it may be seriously doubted whether it is desirable to confer exclusive jurisdiction, especially since this would compel the parties to a dispute relating mainly to an issue other than the one for which exclusive jurisdiction is established to take action in two different courts in order to settle their case. It is interesting to note that the Brussels Convention opts, in principle, for the latter solution; Article 19, by establishing that a court must automatically find itself lacking competence when seised of a case for which the courts in another Contracting State have jurisdiction under Article 16, refers only to instances where the seisin is for a "principal action". However, it remains to be seen whether a court seised of an incidental question is bound to find that it lacks jurisdiction where the defendant objects.[112] However the Special Commission, in limiting the exclusive character of the jurisdiction provided in Article 12 to cases in which the court is seised of a principal question, preferred to place this wording in brackets pending more detailed discussion of the problem at the Diplomatic Session.

Article 13 – Provisional and protective measures

Definition of provisional and protective measures

178 The Convention does not define what is meant by the term "provisional and protective measures", except to a limited extent for the purposes of paragraph 3. Essentially it is a matter for the law of the court seised to determine what measures are available in that court.[113] However, provisional and protective measures perform two principal purposes:

[110] See the Jenard Report (*op. cit.* note 32), *sub* Art. 16 (4).

[111] Proceedings for infringement are not mentioned in Art. 16 (4) of the Brussels and Lugano Conventions, which states that exclusive jurisdiction applies "in matters involving the validity of patents". This rule must be, and has been, interpreted restrictively; see the Jenard Report (*ibid.*), *sub* Art. 16 (4); H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), No 97; S. Bariatti, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 501.

[112] This question could be left to national law or to the discretion of the court seised. For the role of national law in the regime of the objection to jurisdiction, see G. Droz (*op. cit.* note 95), Nos 243 *et seq.*

[113] For a survey of the relevant law in Anglo-Commonwealth countries, the United States of America, Germany, France, the Netherlands, Switzerland and the European Union, see C. Kessedjian, Prel. Doc. No 10 of October 1998 (*op. cit.* No 5). As to Japan, see: K. Takahashi, "Jurisdiction to Grant an Interim Freezing Order", (1999) 48 *ICLQ* 431.

(a) bloquer des biens à un stade préliminaire, biens qui pourront ensuite servir à satisfaire la condamnation du jugement à intervenir ; ou

(b) préserver le *statu quo* en attendant que le fond du litige soit tranché[114].

179 En général, les mesures ordonnées sont d'une nature temporaire et sont sujettes à révision avant ou pendant l'instance au fond. Il n'en est cependant pas toujours ainsi. Par exemple, une mesure postérieure au jugement visant à empêcher que sortent du territoire du for des biens pouvant servir à satisfaire la condamnation entrerait dans le champ d'application de l'article. Bien qu'une définition exhaustive ne soit pas envisageable, il est possible de préciser quelles sont les mesures qui ne servent pas ces objectifs. En premier lieu, les mesures dont l'objet principal est d'obtenir des preuves en vue du procès n'entrent pas dans la définition des mesures provisoires et conservatoires[115]. Une proposition visant à étendre la définition des mesures provisoires et conservatoires aux mesures visant à rechercher ou à préserver des preuves n'a pas été acceptée par la Commission spéciale. En second lieu, une « *anti-suit injunction* » concerne la compétence et non le maintien du *statu quo* sur le fond du litige.

180 Il appartient à la loi du juge saisi – jusque et y compris, le cas échéant, ses règles de conflit de lois – de déterminer quels sont les mesures provisoires et conservatoires disponibles, dans quelles circonstances et à quelles conditions ces mesures peuvent être ordonnées et dans quelles circonstances une mesure déjà ordonnée peut être retirée.

Paragraphe 1

181 Le premier paragraphe dispose qu'un tribunal compétent pour connaître du fond du litige en vertu des articles 3 à 12 est compétent pour prononcer toute mesure provisoire ou conservatoire. Ces mesures peuvent concerner les biens, quel que soit leur lieu de situation, la personne ou la conduite du défendeur, ou de toute autre personne, quel que soit le lieu où cette personne se trouve. L'utilisation des termes « fond du litige » désigne le différend opposant les parties, à l'occasion duquel les mesures provisoires ou conservatoires sont recherchées. Ce différend doit entrer dans le champ d'application matériel de la Convention, tel que défini au chapitre I, puisque, à défaut, la question de l'application des articles 3 à 12 à la compétence ne saurait se poser. Ainsi, sont exclues les mesures prises dans des matières qui ne sont pas d'une nature civile ou commerciale ou qui sont exclues par l'article 1(2), comme par exemple les mesures demandées dans le cadre d'une procédure d'arbitrage.

182 Les termes visent le fond du litige, c'est-à-dire un différend en cours entre les parties. Partant, si la compétence d'un tribunal particulier est exclue pour ce litige en raison d'une clause attributive de juridiction de l'article 4, des dispositions des articles 7, 8 ou 11(1) ou encore des dispositions de l'article 12 sur la compétence exclusive, ce tribunal ne peut pas exercer de compétence en application de l'article 13(1), même si, en théorie, il avait pu connaître d'un différend de cette nature. Mais ce tribunal peut être compétent en application des paragraphes 2 et 3 du même article (voir ci-dessous).

183 Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que le tribunal soit effectivement saisi ou en voie d'être saisi pour qu'il puisse se déclarer compétent en application du paragraphe 1. Une proposition visant à limiter en ce sens l'application du paragraphe 1 n'a pas été acceptée par la Commission spéciale. Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire qu'au moment de la demande une procédure au fond soit en cours dans l'un quelconque des États contractants. Toutefois, l'utilisation des termes « du fond du litige » indique qu'il est nécessaire qu'existe un différend et, à tout le moins, une forte probabilité pour qu'une procédure soit ouverte dans un avenir proche. Dans la mesure où il reviendra au droit national de déterminer toutes les conditions (sauf celles relatives à la compétence) auxquelles la mesure sera accordée, il semble difficile d'imaginer qu'un demandeur pourra obtenir le prononcé de la mesure sans que le tribunal accordant cette mesure soit convaincu qu'un procès au fond est pendant ou imminent. De la même façon, si aucun litige au fond n'est entamé dans un délai raisonnable devant le tribunal qui a accordé la mesure provisoire ou conservatoire ou devant un autre tribunal, il est tout aussi difficile d'imaginer comment, en application du droit national, le maintien de ces mesures pourra être possible.

184 Le fait qu'un litige au fond soit pendant dans un autre État contractant n'empêche pas un tribunal de se déclarer compétent en application du paragraphe 1. L'article 21, relatif à la litispendance, ne s'appliquera pas, puisque l'article 21(3) précise que la disposition vise à éviter les conflits de décisions sur le fond du litige. Or, en général, la plupart des mesures provisoires et conservatoires ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée et, partant, ne sont pas « susceptible[s] d'être reconnu[es] en vertu de la Convention », au sens de l'article 21(1). Pour la même raison, l'existence d'une procédure dans un autre État contractant visant à obtenir une mesure provisoire ou conservatoire n'empêche pas l'exercice de la compétence. En effet, la structure de l'article 13, et particulièrement des paragraphes 2 et 3, montre que le demandeur peut rechercher satisfaction dans plusieurs États simultanément. Les décisions rendues en application de l'article 13(2) et (3) n'ont pas la qualité de « jugement » au sens de l'article 23 et, partant, ne peuvent prétendre à aucune priorité au sens de l'article 21(1).

185 Contrairement à la compétence mise en place par les deux paragraphes suivants, celle qui est mise en place par le paragraphe 1 n'est pas limitée au territoire de l'État du for. Dans cette mesure, par cette disposition, il est possible d'obtenir une mesure susceptible d'avoir des effets extraterritoriaux. Du fait de la définition du terme « jugement », donnée par l'article 23, une telle mesure peut être qualifiée de jugement, susceptible en principe d'être reconnu en application des dispositions du chapitre III, sous réserve des conditions posées par les articles 25 et 28. Les mesures provisoires ou conservatoires ne bénéficient en principe pas de l'autorité de chose jugée et, dès lors, ne seront pas susceptibles d'être reconnues en vertu de l'article 25(2). En revanche, elles peuvent faire l'objet d'une exécution, en application de l'article 25(3). De plus, de nombreuses mesures provisoires ou conservatoires sont accordées sur requête, ainsi que le permettent la plupart des systèmes juridiques. Dans ce cas, la reconnaissance ou l'exécution de la mesure peuvent être refusées en application de l'article 28(1) *d)*, puisque, manifestement, l'acte introductif d'instance n'a pas été notifié du tout au défendeur, l'empêchant par là d'organiser sa défense. Ceci implique que, dans la plupart des cas, la mesure, même si elle est adoptée en application du paragraphe 1, ne sera efficace que sur le territoire du tribunal qui l'a prononcée. Toutefois, si la mesure est confirmée après que le défendeur a été informé et mis en mesure de comparaître et de se défendre en temps utile, elle pourra être susceptible d'exécution en application des dispositions du chapitre III.

[114] Voir le rapport du 67e congrès de l'ILA, Helsinki, 1996, p. 202, clause 1. Une traduction française du texte originale en langue anglaise peut être trouvée dans C. Kessedjian, *JDI* 1997, 110. La définition est dérivée de celle proposée par L. Collins dans « Provisional and Protective Measures in International Litigation », *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 1994, p. 11 et 12. Voir aussi G. Maher et B.J. Rodger, « Provisional and Protective Measures : the British Experience of the Brussels Convention », (1999) 48 *ICLQ* 302, spéc. p. 302.

[115] Voir la Convention Obtention des preuves, art. 1er.

(a) providing a preliminary means of securing assets out of which an ultimate judgment may be satisfied; or

(b) maintaining the status quo pending determination of the issues at trial.[114]

179 Generally, the measure ordered will be of a temporary nature subject to review before or at the trial of the substantive issue. However, this need not always be the case. Thus, a measure ordered after trial to prevent the removal of assets from the jurisdiction out of which the judgment can be satisfied will also meet the description. Although an exhaustive definition is not feasible, it is possible to clarify what remedies do not serve those purposes. In the first place, remedies whose main purpose is to obtain evidence for use in the trial do not fall within the scope of provisional and protective measures.[115] A proposal to extend the definition of provisional and protective measures to measures designed to discover or preserve evidence was not accepted by the Special Commission. Secondly, an anti-suit injunction is concerned with jurisdiction, and not with the maintenance of the status quo of the subject matter of the litigation.

180 It is for the national law of the court seised, including, as the case may be, its choice of law rules, to determine what provisional and protective measures are available, in what circumstances and under what conditions an order for such a measure will be made, and in what circumstances any measure already ordered will be discharged.

Paragraph 1

181 The first paragraph provides that a court having jurisdiction under Articles 3 to 12 to determine the merits of the case has jurisdiction to order any provisional or protective measures. Those measures may relate to property wherever situated, or to the person or conduct of the defendant or other person, wherever that person may be. The reference to "the merits of the case" is a reference to the substantive dispute between the parties in respect of which the provisional or protective measures are sought. That dispute must be one which falls within the scope of the Convention as defined in Chapter I for otherwise the question of jurisdiction under Articles 3 to 12 does not arise. Thus, matters which are not of a civil or commercial nature or are excluded by Article 1(2), such as measures sought in relation to arbitral proceedings, are excluded.

182 The reference is to the merits of the case, that is to say, the actual dispute between the parties. Hence if the jurisdiction of a particular court in respect of that dispute is excluded by reason of a choice of court agreement under Article 4, the provisions of Articles 7, 8 or 11(1), or the provisions for exclusive jurisdiction under Article 12, that court is precluded from exercising jurisdiction under Article 13(1), even though in an abstract sense it might have had jurisdiction over a dispute of that kind. But that court may be able to exercise jurisdiction under paragraphs 2 or 3, see below.

183 Apart from this, it is not necessary for the court exercising jurisdiction under paragraph 1 to be seised or about to be seised of the substantive dispute. A proposal to limit the operation of the paragraph to that effect was not accepted by the Special Commission. The result is that there need not be in existence at the time of application any substantive proceedings pending anywhere in a Contracting State. However, the reference to "the merits of the case" indicates that there must be a dispute and, at least, a substantial likelihood of litigation in the near future. Since national law will determine the conditions (other than jurisdictional) under which relief will be granted, it is difficult to see how an applicant will obtain relief unless the granting court is satisfied that substantive litigation is either pending or imminent. Furthermore, if no litigation on the merits is initiated within a reasonable time either in the court which granted the provisional or protective measures, or in another court, it is equally difficult to see how under national law the continuation of those measures could be sustained.

184 The fact that substantive proceedings are pending in another Contracting State will not prevent a court from exercising jurisdiction under paragraph 1. Article 21 dealing with *lis pendens* will not apply because, as Article 21(3) indicates, that provision is designed to avoid conflicting decisions on the merits of the claim. In any case, most provisional and protective measures cannot acquire the status of *res judicata* and therefore are not "capable of being recognised under the Convention" as required by Article 21(1). For the same reason, it is no objection to the exercise of jurisdiction that proceedings for provisional and protective measures are pending in another Contracting State. Indeed the structure of Article 13, and especially, paragraphs 2 and 3, indicates that relief may be sought in more than one State simultaneously. Decisions given in pursuance of Article 13(2) and (3) do not qualify as "judgments" under Article 23 and hence do not qualify under Article 21(1) for priority in any event.

185 In contrast to the succeeding two paragraphs, the jurisdiction conferred by paragraph 1 is not limited to the territory of the State of the court seised. It is therefore possible to make an order which purports to have extraterritorial effect under this paragraph. By reason of the definition of "judgment" in Article 23 such an order qualifies as a judgment which in principle is entitled to recognition under Chapter III. But this is subject to the conditions set out in Articles 25 and 28. Provisional and protective orders do not normally have the effect of *res judicata* and will, therefore, not be entitled to recognition under Article 25(2). However, they may be entitled to enforcement under Article 25(3). Furthermore, many provisional and protective orders are granted *ex parte*, as is permitted under most legal systems. In that case, recognition or enforcement of the order may be refused by virtue of Article 28(1) *d)*, because obviously the document which instituted the proceedings was not notified to the respondent to the proceedings at all thereby denying the respondent the opportunity to arrange for his defence. This means that in most cases the measure, even if made under paragraph 1, will still be effective only within the State of the court which granted it. However, if the order is confirmed after the respondent to the proceedings has been served with the order and been given the opportunity to appear and seek its discharge in due time, it may be entitled to enforcement under Chapter III.

[114] See, ILA, Report of the 67th Conference, Helsinki, 1996 at p. 202, clause 1. A French translation of the original English will be found in C. Kessedjian, *JDI* 1997, p. 110. The definition is derived from that put forward by L. Collins in "Provisional and Protective Measures in International Litigation", in *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Oxford University Press, 1994, at pp. 11-12. See also G. Maher and B.J. Rodger, "Provisional and Protective Measures: the British Experience of the Brussels Convention", (1999) 48 *ICLQ* 302, at p. 302.
[115] See the Evidence Convention, Art. 1.

186 Dans la mesure où la compétence prévue au paragraphe 1 est fondée sur la compétence d'un tribunal déterminée en application des articles 3 à 12, la compétence fondée sur le droit national, telle que préservée par l'article 17, ne saurait suffire. Puisque l'article 17 réserve explicitement l'article 13, les restrictions imposées par l'article 13 ne peuvent pas être écartées en application du droit national. Partant, le tribunal d'un État contractant ne peut ordonner une « *Mareva injunction* » ayant une portée mondiale que si les conditions des paragraphes 1 ou 3 sont remplies, sauf si toutes les parties sont habituellement résidentes dans le même État.

Paragraphe 2

187 Ce paragraphe donne compétence au tribunal de l'État de la situation des biens pour prononcer une mesure provisoire ou conservatoire limitée à ces biens. Du fait de l'article 2, ce tribunal doit appartenir à un État contractant. Cette compétence est conférée au tribunal, même si celui-ci n'est pas compétent pour statuer sur le fond du litige en application des articles 3 à 12. Ceci explique que la compétence prévue au paragraphe 2 puisse être mise en œuvre même si la compétence au fond est exclue, du fait d'une clause attributive de juridiction de l'article 4, du fait de l'application des articles 7, 8 ou 11 ou encore du fait de l'existence d'une compétence exclusive de l'article 12. Toutefois, la compétence prévue au paragraphe 2 est « limitée à ces biens ». En d'autres termes, la compétence est limitée (i) aux mesures portant sur des biens (par opposition à des mesures portant sur des personnes ou sur un acte particulier) et (ii) aux biens situés sur le territoire de l'État contractant sur lequel se trouve le tribunal compétent. Puisque la mesure ordonnée sur le fondement de la compétence instituée par le paragraphe 2 n'a pas la qualité de « jugement » au sens de l'article 23, elle n'entre pas dans le champ d'application du chapitre III. Partant, pour des raisons pratiques, l'efficacité de ces mesures est limitée au territoire de l'État contractant sur lequel se trouve le tribunal qui les a prononcées.

188 Comme dans le premier paragraphe, il n'est pas nécessaire qu'une procédure au fond soit pendante ou en voie de l'être. Toutefois, comme on l'a déjà fait remarquer, il est improbable qu'un tribunal ordonne ou maintienne longtemps une mesure si aucune procédure n'est pendante ou imminente. Toutes ces questions relèvent, bien évidemment, du droit national. Par définition, le tribunal exerçant sa compétence sur le fondement du paragraphe 2 ne sera pas compétent pour connaître, par application des articles 3 à 12, du fond du litige. Mais il peut être compétent du fait de l'article 17 ou bien, même s'il ne s'agit pas là d'une exigence essentielle, le tribunal peut agir dans le but de faciliter la tâche d'un autre tribunal.

189 Le simple fait que des biens situés dans le ressort du tribunal soient saisis ou immobilisés de quelque façon que ce soit par le biais d'une mesure provisoire ou conservatoire ne donne pas à ce tribunal de compétence au sens des articles 3 à 12 pour statuer sur les droits portant sur ces biens. Toutefois, l'article 18(2) *a)* permet à un tribunal d'exercer une compétence prévue par son droit national et autorisée par l'article 17 pour un litige directement lié à ces biens. Partant, si la propriété des biens qui font l'objet de la mesure provisoire ou conservatoire est contestée entre les parties, le tribunal compétent en application du paragraphe 2 pourra trancher cette question si son droit national le permet.

Paragraphe 3

190 Le paragraphe 3 permet aussi au tribunal d'un État contractant qui n'est pas compétent pour connaître du fond du litige en vertu des articles 3 à 12 d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire. Comme on l'a déjà souligné, le paragraphe 1 de l'article 13 limite le nombre de tribunaux susceptibles de se déclarer compétents, mais ne comporte aucune limite tenant à l'objet de ces mesures, qui peuvent porter sur les biens, les personnes ou les actes. Le paragraphe 2 est limité aux mesures portant sur des biens situés sur le territoire du for, mais n'exige pas que le tribunal soit compétent sur un autre fondement. Le paragraphe 3 n'est limité ni par une règle de compétence, ni par l'objet des mesures, mais toute mesure prise en application de ce paragraphe aura des effets limités au territoire du for. Il autorise ainsi le prononcé de mesures affectant des personnes ou des actes dans l'État contractant sur le territoire duquel se trouve le tribunal ordonnant cette mesure. En application du paragraphe 3, un tribunal pourrait prononcer une mesure portant sur la conduite d'une personne située sur son territoire, même si cette conduite est liée à des problèmes se posant hors de ce territoire, comme par exemple un ordre de rapatrier des fonds déplacés ou de rendre compte de leur étendue et de leur localisation, pour autant qu'elle puisse être exécutée dans les limites du territoire du for sur la personne ou les biens de la personne visée par la mesure.

191 L'exercice de la compétence prévue au paragraphe 3 dépend de deux conditions qui ne se retrouvent pas aux paragraphes 1 et 2. En premier lieu, l'exécution de la mesure est limitée au territoire de l'État contractant auquel appartient le tribunal ayant prononcé cette mesure. Comme on l'a vu, l'efficacité extraterritoriale des mesures prononcées en application du paragraphe 2 est empêchée de la même façon, par le fait que ces mesures ne sont pas susceptibles de reconnaissance en application de la Convention. En second lieu, l'objet de ces mesures doit être de protéger temporairement une demande au fond qui est pendante ou en voie d'être déposée par les demandeurs à la mesure.

192 La seconde condition conduit à poser deux exigences supplémentaires. La première concerne la nature de ces mesures. La définition utilisée dans le cadre du paragraphe 3 est plus étroite que celle qui permet de définir le champ d'application des paragraphes 1 et 2. Pour le paragraphe 3, il est nécessaire que la mesure ordonnée soit de nature provisoire et accordée alors que le litige au fond est déjà pendant. L'exigence selon laquelle le but de cette mesure est la protection « temporaire » d'une action au fond exclut les mesures prononcées après le jugement, ainsi que les recours aux techniques, disponibles dans certains pays, par lesquelles un jugement en référé peut être obtenu si le défendeur ne peut pas sérieusement contester l'existence de l'obligation sur laquelle est fondée la demande.

193 La seconde exigence est que la demande au fond soit ou bien pendante ou bien à former par le requérant. Comme on l'a vu, cette exigence est absente des paragraphes 1 et 2, même si, pour des raisons pratiques, la différence n'est peut être que superficielle. L'action visant à obtenir une décision au fond doit être pendante ou à former devant le tribunal saisi de la requête visant à obtenir une mesure provisoire ou conservatoire, ou devant tout autre tribunal, que celui-ci soit ou non compétent en vertu des articles 3 à 12 de la Convention, ou que celui-ci soit ou non le tribunal d'un État contractant.

Article 14 – Pluralité de défendeurs

Paragraphe 1

194 L'article 14 permet à un demandeur d'attraire deux ou plusieurs défendeurs devant les tribunaux d'un même État contractant, même si certains des défendeurs ne sont pas habituellement résidents dans cet État, voire dans aucun autre État contractant et qu'aucun autre chef de compétence obli-

186 Since jurisdiction under paragraph 1 is based on the court having jurisdiction under Articles 3 to 12, jurisdiction under national law, in so far as it has been preserved by Article 17, will not suffice. Since Article 17 is expressed to be subject to Article 13, the restrictions imposed by Article 13 cannot be overridden by reference to national law. Thus a court of a Contracting State can only order a "worldwide Mareva injunction" if the conditions of either paragraph 1 or 3 are satisfied, unless all parties are habitually resident in the one State.

Paragraph 2

187 This paragraph confers jurisdiction on the court of a State where property is located to order provisional or protective measures in respect of that property. By reference to Article 2 that court must be the court of a Contracting State. This jurisdiction is conferred on such a court even though it has no jurisdiction to determine the merits of the case under Articles 3 to 12. This means that jurisdiction under paragraph 2 can be exercised even though jurisdiction over the substantive dispute is precluded by a choice of court agreement under Article 4, or by reason of Articles 7, 8 or 11, or by reason of exclusive jurisdiction under Article 12. However, jurisdiction under paragraph 2 can only be exercised "in respect of that property". In other words, the jurisdiction is limited (i) to measures taken in respect of property (as opposed to persons and conduct) and (ii) to property situated in the territory of the Contracting State where the court exercises jurisdiction. Since an order made in pursuance of jurisdiction under paragraph 2 does not have the status of a "judgment" under Article 23, it will not come within the scope of Chapter III. Hence for practical purposes, the enforcement of such an order is limited to the territory of the Contracting State to which the issuing court belongs.

188 As with paragraph 1 there is no requirement that proceedings on the merits be pending or about to be pending. However, as remarked earlier, it is unlikely that a court would order or continue measures for long, if no substantive proceedings were imminent or pending. This is, of course, a matter for national law. By definition, the court exercising jurisdiction under paragraph 2 will not have jurisdiction under Articles 3 to 12 to deal with the merits of the dispute. But it may possibly have jurisdiction under Article 17 or it may act in aid of another court although this is not an essential requirement.

189 The mere fact that property within the jurisdiction is seised or otherwise dealt with under provisional and protective measures does not invest that court with jurisdiction under Articles 3 to 12 to determine any rights in that property. However, Article 18(2) *a)* does allow a court to exercise jurisdiction under national law as permitted by Article 17 in respect of a dispute which is directly related to that property. Hence, if ownership of the property which is the subject of the provisional or protective measures is disputed between the parties, the court exercising jurisdiction under paragraph 2 could determine that issue, if its national law permitted this.

Paragraph 3

190 Paragraph 3 also permits a court of a Contracting State which does not have jurisdiction under Articles 3 to 12 to deal with the merits of the case to order provisional or protective measures. As mentioned before, paragraph 1 of Article 13 is limited as to the courts which can exercise jurisdiction, but not limited as regards the property, persons or conduct to be affected. Paragraph 2 is limited to orders in respect of property situated within the jurisdiction, but does not require that the court have jurisdiction on any other basis. Paragraph 3 is not limited as to any jurisdiction or as to who or what may be affected, but a measure taken pursuant to it is territorially limited in its effect. Hence it authorises measures affecting persons or conduct within the territory of the Contracting State of which the issuing court is part. Under paragraph 3 the court could make an order regulating the conduct of a person who is within the jurisdiction, even if that conduct relates to matters outside the jurisdiction, such as an order to return assets removed from the jurisdiction or to render an account as to their extent and whereabouts, as long as it can enforce compliance within its territory against the person or the assets of the person bound by the measure.

191 The exercise of jurisdiction under paragraph 3 is subject to two conditions which do not apply to paragraphs 1 and 2. In the first place, the enforcement of the measures is limited to the territory of the Contracting State of which the issuing court forms part. As mentioned before, extraterritorial enforcement of orders made under paragraph 2 is similarly precluded by depriving those orders of an entitlement to recognition under the Convention. The second condition is that the purpose of the measures is to protect on an interim basis a claim on the merits which is pending or to be brought by the requesting party.

192 The second condition has in effect two further requirements. The first relates to the nature of the measures. The definition given for the purposes of paragraph 3 is narrower than the scope of the measures to which paragraphs 1 and 2 apply. In the case of paragraph 3 it is a requirement that the measure ordered be of a provisional nature made pending the hearing of the substantive dispute. The requirement that its purpose be protection "on an interim basis" of the claim on the merits excludes measures taken after judgment and methods which exist in some countries whereby a judgment can be obtained summarily if the defendant cannot seriously contest the existence of the obligation on which the claim is based.

193 The second requirement is that the claim on the merits is either pending or to be brought by the requesting party. As shown, this requirement is lacking in paragraphs 1 and 2, although for practical purposes the distinction may not be profound. The proceedings for a decision on the merits must be pending or to be brought in the court in which provisional and protective measures are sought or in any other court regardless of whether it has jurisdiction under Articles 3 to 12 of the Convention, or is the court of a Contracting State.

Article 14 – Multiple defendants

Paragraph 1

194 Article 14 permits a plaintiff to sue two or more co-defendants in the same Contracting State even if some of the co-defendants are not habitually resident in that State or indeed in any Contracting State and required jurisdiction in respect of those co-defendants is otherwise lacking under

gatoire n'est susceptible d'être invoqué contre eux. L'objet de cette disposition est d'éviter un risque important de décisions inconciliables qui pourrait exister si le demandeur devait attraire séparément chaque défendeur devant différents tribunaux. Toutefois, plusieurs conditions sont exigées dans le but d'éviter toute manipulation des critères de compétence par le demandeur, qui pourrait, par exemple, attraire un défendeur sans lien avec le litige dans le but de conférer une compétence à un tribunal plus favorable à ses intérêts.

195 En premier lieu, la compétence des tribunaux d'un État contractant ne peut être fondée que sur la résidence habituelle de l'un au moins des défendeurs dans cet État. Au cas où il s'agirait d'une personne juridique et non d'une personne physique, cette résidence habituelle est celle définie à l'article 3(2). En d'autres termes, le demandeur ne pourrait pas attraire d'autres défendeurs lorsque la compétence à l'égard du premier défendeur est fondée, par exemple, sur les articles 6 ou 10.

196 En deuxième lieu, la demande dirigée contre le défendeur qui a sa résidence habituelle dans l'État dans lequel l'action est menée et la demande dirigée contre les autres défendeurs doivent être si étroitement liées qu'elles doivent être décidées ensemble, afin d'éviter un risque sérieux de jugements inconciliables. Des jugements sont considérés comme inconciliables lorsque les constatations de fait ou les conclusions juridiques auxquelles ils parviennent sont incompatibles les unes avec les autres. Dans la version anglaise, le terme «*inconsistent*» a été préféré à «*irreconcilable*», pour traduire le terme français «inconciliable», car si une décision déclarant la responsabilité du défendeur A peut être conciliée avec une décision affirmant l'absence de responsabilité du défendeur B, il n'en reste pas moins que les jugements sont inconciliables si la première décision est fondée sur le fait que l'événement invoqué par le demandeur a eu lieu, alors que la seconde est au contraire fondée sur le fait qu'il n'a pas eu lieu. Le risque doit être «sérieux», ce qui veut dire qu'il ne doit pas s'agir d'une pure spéculation.

197 En troisième lieu, pour chaque défendeur, doit exister un lien substantiel entre l'État dans lequel est menée l'action et le litige concernant le défendeur. La charge de la preuve de l'existence de ce lien repose sur celui qui s'en prévaut. Les termes utilisés sont aussi ceux de l'article 18(1) relatif aux compétences prohibées. Le lien ne doit pas nécessairement être tel qu'il pourrait constituer un chef de compétence en application des articles 3 à 12, voire en application du droit national dans la mesure autorisée par l'article 17, mais il doit être suffisamment fort pour satisfaire le tribunal que le défendeur n'est pas attrait devant un for clairement inapproprié. La même restriction s'applique à l'article 16, qui est analysé dans les développements qui suivent.

Paragraphe 2

198 Même si toutes ces conditions sont remplies, le demandeur ne peut pas attraire un codéfendeur sur le fondement de l'article 14 si ce codéfendeur invoque une clause attributive de juridiction exclusive conforme à l'article 4, attribuant compétence à un autre tribunal, appartenant ou non à un État contractant. Bien évidemment, si le codéfendeur ne conteste pas la compétence du tribunal saisi sur le fondement de l'article 14 dans le délai imposé par l'article 5(2), ce tribunal sera compétent, malgré l'existence de la clause attributive de juridiction.

Article 15 – Demandes reconventionnelles

199 L'article 15 permet au défendeur de soulever une demande reconventionnelle contre le demandeur devant le même tribunal que celui choisi par le demandeur et compétent selon les dispositions de la Convention. Une demande reconventionnelle est une action du défendeur contre le demandeur, indépendante mais néanmoins liée à la demande principale. Elle doit être distinguée d'un simple moyen de défense par lequel le défendeur invoque l'existence d'une dette du demandeur à son égard pour réduire ou éteindre la créance invoquée par le demandeur. Ce moyen de défense est appelé «*set-off*» en droit anglais et «compensation» en français (*Aufrechnung* en allemand). Le caractère admissible ou non d'un tel moyen de défense est régi par la loi applicable, telle que désignée par la règle de conflit de lois du tribunal saisi de la demande originaire[116].

200 La demande reconventionnelle doit résulter de la relation contractuelle ou des faits sur lesquels la demande originaire est fondée. Le terme anglais de «transaction» a été utilisé pour rendre le français «relation contractuelle», dans la mesure où ce terme est plus large que les mots «*contractual relationship*». En d'autres termes, la demande reconventionnelle ne doit pas nécessairement résulter du contrat sur lequel la demande originaire est fondée: elle peut résulter d'un contrat connexe intégré à une relation contractuelle plus large entre les parties. De la même façon, le terme anglais «*occurrence*» a été utilisé pour rendre le français «des faits», dans le but de faire remarquer que les faits sur lesquels est fondée la demande reconventionnelle ne doivent pas être identiques, mais peuvent résulter d'un ensemble de circonstances plus larges, quoique liées[117].

Article 16 – Appel en garantie et intervention

Paragraphes 1 et 2

201 Cet article établit une compétence dérivée, en cas d'appel en garantie ou d'intervention, grâce à quoi un tiers devient partie au procès, permettant ainsi de juger dans le même procès toutes les questions liées à la même situation factuelle. En application de cette compétence, le tribunal qui est compétent en vertu d'une disposition quelconque de la Convention peut également exercer sa compétence à l'égard d'un appel en garantie ou une intervention. L'adoption d'une règle conventionnelle en la matière présente quelques difficultés, car il s'agit d'une compétence admise par plusieurs systèmes juridiques, mais non par d'autres. Pour éviter d'envisager des dispositions spéciales applicables aux États contractants qui ne la connaîtraient pas[118], l'avant-projet de Convention prévoit qu'une telle compétence n'est établie que si le droit national de l'État du juge saisi le permet. Il faut aussi éviter que la compétence en question puisse être utilisée de façon abusive, pour soustraire la personne appelée dans le procès au juge qui serait normalement compétent pour juger du litige qui le concerne. À cette fin, la compétence est subordonnée à une condition positive, à savoir qu'il existe un lien substantiel entre l'État du juge saisi de la demande originaire et le tiers, ce qui implique que la preuve de ce lien doit être donnée par la partie qui formule

[116] Pour une explication des différences entre les systèmes juridiques, voir la décision de la CJCE *Danvaern Production A/S c. Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co.* (C-341/93), *Rec.* 1995, p. I-2053.
[117] Par contraste, on peut se référer aux termes plus étroits utilisés par la Convention de Bruxelles qui, dans son art. 6 (3) parle «du contrat ou du fait sur lequel est fondée la demande originaire».
[118] Comme le font la Convention de Bruxelles (art. V du Protocole) et la Convention de Lugano (art. V (1) du Protocole).

Chapter II. The purpose of the provision is to avoid a serious risk of inconsistent judgments which might result if the plaintiff had to sue the defendants separately in different jurisdictions. However, in order to avoid manipulation of jurisdictional requirements by the plaintiff, such as bringing suit against an unrelated defendant in order to gain jurisdiction in a favourable forum, a number of conditions are imposed.

195 In the first place, the jurisdiction can only be founded in a Contracting State where at least one of the defendants is habitually resident. In the case of an entity other than a physical person, this is the habitual residence as defined in Article 3(2). In other words, the plaintiff cannot join co-defendants when the jurisdiction in respect of the primary defendant is founded on, say, Article 6 or 10.

196 Secondly, the claims against the defendant habitually resident in the State where the action is brought and the other defendants must be so closely connected that they should be adjudicated together in order to avoid a serious risk of inconsistent judgments. Judgments are inconsistent when the findings of fact or conclusions of law in relation to the same issues on which they are based, are mutually exclusive. In the English version the word "inconsistent" was preferred to "irreconcilable" as a counterpart to the French "*inconciliable*", since a judgment that co-defendant A is liable to the plaintiff can be reconciled with a judgment that co-defendant B is not, but the judgments are inconsistent if the first judgment is based on a finding that the events alleged by the plaintiff did occur and the other is based on a finding that they did not. The risk must be "serious", which means that it must not be merely speculative.

197 Thirdly, as to each defendant there must exist a substantial connection between the State in which the action is brought and the dispute involving that defendant. The onus of establishing that connection rests upon the party seeking to rely on it. This language repeats the words used in Article 18(1) dealing with prohibited jurisdiction. The link need not be such as to constitute a ground of jurisdiction under Articles 3 to 12 or even under national law permitted under Article 17, but it must be such as to satisfy the court that the co-defendant is not being brought before a clearly inappropriate forum. A similar restriction applies to Article 16 which is discussed below.

Paragraph 2

198 Even if these conditions are fulfilled, the plaintiff cannot bring a co-defendant before a court having jurisdiction under Article 14, if the co-defendant seeks to rely on an agreement for exclusive jurisdiction made in favour of another court, whether that of a Contracting State or not, which was made in accordance with Article 4. Of course, if the co-defendant does not object to the jurisdiction of the court seeking to exercise jurisdiction under Article 14 within the time prescribed by Article 5(2), that court will have jurisdiction notwithstanding the choice of court clause.

Article 15 – Counter-claims

199 Article 15 permits a counter-claim to be brought by the defendant against the plaintiff in the same court that the plaintiff has chosen under the Convention. A counter-claim is an independent, but related, cause of action by the defendant against the plaintiff. It must be distinguished from a defence whereby the defendant relies upon the existence of a debt owed by the plaintiff to the defendant to extinguish or reduce the debt claimed by the plaintiff. This is a defence known as "set-off" in English law and "*compensation*" in French (*Aufrechnung* in German). The admissibility of such a defence in the proceedings is governed by the national law applicable under the choice of law rules of the court seised of the original claim.[116]

200 The counter-claim must arise out of the transaction or occurrence on which the original claim is based. The English word "transaction" has been used as the counterpart of the French "*relation contractuelle*" because it has a wider scope than "contractual relationship". In other words, the counter-claim need not arise out of the actual contract on which the original claim is based: it may arise out of another collateral contract which forms part of the wider transaction between the parties. Similarly, the English word "occurrence" has been used to represent the French "*des faits*" in order to stress that the facts on which the counter-claim is based need not be identical, but may arise out of a broader, but related, set of circumstances.[117]

Article 16 – Third party claims

Paragraphs 1 and 2

201 This Article establishes a subordinate form of jurisdiction, in the event of third party claims, whereby a third party becomes a party to the proceedings, so that all the issues connected with the same factual situation can be dealt with in the same proceedings. Under this provision, a court which has jurisdiction under any of the Convention's provisions may also exercise jurisdiction for a third party claim. There is some difficulty in adopting a treaty rule on this subject, as this form of jurisdiction is recognised by some legal systems, but not by others. To avoid the need for special rules for Contracting States which do not recognise it,[118] the preliminary draft Convention provides that this form of jurisdiction will exist only if permitted by national law. It is also necessary to ensure that it cannot be abused by removing the person summonsed in the proceedings from the court which would normally be competent to judge a case concerning him. For this purpose, jurisdiction is made subject to a positive condition: there must be a substantial connection between the State of the court seised of the original claim and the third party, which implies that proof of this link must be furnished by the

[116] See for an explanation of the difference in the various legal systems, the decision of the ECJ in *Danvaern Production A/S v. Schuhfabriken Otterbeck GmbH & Co.* (C-341/93) [1995] *ECR*, p. I-2053.
[117] Contrast the narrower formulation of Art. 6 (3) of the Brussels Convention which speaks of "the same contract or facts on which the original claim was based".
[118] This is done in the Brussels Convention (Art. V of the Protocol) and the Lugano Convention (Art. V (1) of the Protocol).

la demande en garantie ou en intervention[119]. Par ailleurs, il est évident que le lien en question ne doit pas être tel qu'il puisse fonder une compétence autonome sur la demande en garantie, mais il devra révéler une connexion suffisante entre la demande principale et la demande en garantie ou en intervention pour convaincre le juge saisi que la demande n'a pas été formulée seulement dans le but d'attraire l'appelé devant le juge sur la base d'une compétence exorbitante.

202 Le deuxième paragraphe vise à limiter la compétence dérivée sur l'appel en garantie ou l'intervention en présence d'une clause d'élection de for convenue avec le défendeur. Il serait en effet contraire au principe de la liberté des parties de convenir d'un for compétent et au principe de bonne foi de permettre à la partie qui fait valoir la garantie d'attraire la partie qui a donné la garantie devant le juge compétent pour la demande originaire, en violation d'une convention attributive de juridiction à un autre juge[120], à la condition qu'il y ait eu une attribution de compétence exclusive et que la convention d'élection de for soit conforme aux conditions prévues par l'article 4 de la Convention.

Article 17 – Compétence fondée sur le droit national

203 La Convention ne règle pas de façon exhaustive la compétence des tribunaux des États contractants; elle se borne à définir, dans les articles 3 à 13, une série de critères de compétence internationale qui doivent être offerts par les États contractants et leurs tribunaux.

204 Cela implique, d'un côté, que les États contractants ont l'obligation de prévoir ces compétences et de les mettre à la disposition des parties qui veulent s'en prévaloir. De l'autre côté, il en découle que, lorsque le demandeur porte son action devant les tribunaux d'un État auquel la Convention donne compétence en vertu de ces articles, le juge saisi ne peut pas refuser de connaître de l'affaire, sauf si la Convention elle-même lui permet de le faire ou l'oblige à le faire en faveur d'un autre juge situé dans un autre État contractant ou dans un État tiers. Le jeu des compétences exclusives (art. 12) et des compétences de protection (art. 7, 8), ainsi que le rôle attribué par la Convention à la volonté des parties dans la détermination du for compétent (art. 4, 5) ou encore l'exigence de coordination entre tribunaux également compétents (art. 21, 22) permet en effet que certaines compétences, bien que disponibles en principe, ne le soient pas dans un cas concret.

205 Si les États contractants ont assumé avec la Convention l'obligation de mettre à la disposition des parties les compétences qui y sont expressément prévues et réglementées, ils ne se sont nullement engagés à ne pas conserver dans leur droit national d'autres compétences dans les matières visées par la Convention, dans la mesure où ces compétences ne sont pas incompatibles avec les compétences expressément prévues ou ne sont pas interdites par la Convention même.

206 L'article 17 précise en ce sens les limites de l'obligation assumée par les États contractants, lorsqu'il déclare que la Convention ne porte pas atteinte à l'application des règles de compétence prévues par le droit national, mais sous réserve des règles conventionnelles prévoyant des compétences fondées sur l'autonomie des parties (art. 4, 5) ou sur un but de protection (art. 7, 8) ou encore qui ont nature exclusive (art. 12), et qu'il ajoute la condition qu'il ne doit pas s'agir de compétences dont la Convention interdit de toute manière l'application (art. 18). La marge de manœuvre des États dans l'attribution d'un rôle à leur droit national en matière de compétence se trouve par conséquent limitée par les compétences expressément prévues, d'une part, et par les compétences interdites, d'autre part. Dans ces limites les États contractants sont libres d'établir les règles de compétences qu'ils jugent les plus appropriées, dans n'importe quelle matière, y compris les matières – contrats, délits, succursales – pour lesquelles la Convention adopte des règles de compétence spécifiques.

Article 18 – Compétences interdites

207 Cet article définit les compétences qui doivent être regardées comme interdites par la Convention. Cette définition est faite en posant un principe, accompagné d'exemples et de directives pour son application.

Paragraphe 1

208 Ce paragraphe pose le principe que les compétences prévues par le droit national d'un État contractant ne sont admises que si elles sont fondées sur un lien substantiel du litige avec l'État concerné. Le principe représente le développement de la condition exprimée dans la dernière partie de l'article 17, à laquelle le recours aux règles de compétences nationales est subordonné. En posant le principe, la Convention ne dicte pas des règles précises pour son application, si bien que l'appréciation de la nature substantielle ou non du lien à la base de chaque règle de compétence est laissée au juge appelé à en faire application dans chaque cas concret. Par ailleurs, puisque les États contractants sont obligés de ne pas appliquer leur droit national lorsqu'il n'y a pas de lien substantiel entre le litige et l'État, la mise en œuvre de la règle revient à donner aux tribunaux de chaque État un pouvoir d'appréciation de la compatibilité de ses règles nationales de compétence avec le principe posé à l'article 18. Si ce lien substantiel ne pouvait pas être établi dans un cas concret, le juge saisi serait tenu, aux termes de la Convention, de se déclarer incompétent. Les formes adéquates pour assurer ce pouvoir de révision conféré au juge dépendent naturellement des procédures de mise en œuvre de la Convention par chaque État contractant.

209 Toutefois, l'interdiction d'utiliser des rattachements n'exprimant pas de lien substantiel entre l'État du juge saisi et le litige n'existe que lorsque le défendeur est habituellement résident dans un État contractant. À l'égard des défendeurs ayant leur résidence habituelle sur le territoire d'un État non contractant, chaque État demeure libre de régler l'étendue de sa compétence judiciaire de la manière qu'il juge la plus appropriée, y compris au moyen de l'emploi de rattachements exorbitants, contre l'application desquels les défendeurs situés dans un État non contractant ne jouissent par conséquent d'aucune protection. Par cela, la Convention, tout en n'attachant pas en principe à la résidence du défendeur dans un État contractant le rôle de critère d'applicabilité des règles de compétence conventionnelles[121], revient à la mettre en valeur en tant que critère de délimitation de la marge de manœuvre dont disposent les États de recourir au droit national pour définir l'ampleur de leur compétence juridictionnelle.

Paragraphe 2

210 Dans le but de faciliter l'application du principe énoncé au paragraphe 1, la Convention donne ici une série d'exemples de rattachements qui n'expriment pas un lien

[119] On rappelle que la Convention de Bruxelles pose une condition négative, en précisant que la compétence sur la demande originaire s'étend à la demande en garantie ou en intervention «à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé». Cette formulation a amené à interpréter le texte dans le sens que c'est au plaideur appelé qui conteste la compétence de prouver le détournement de for (voir H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.* note 40, No 226).

[120] Dans le même sens voir le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), *sub* art. 6 (1), bien que dans l'absence d'une disposition expresse dans la Convention de Bruxelles.

[121] Voir *supra* le commentaire à l'art. 2.

party making the third party claim.[119] It is also obvious that the link in question must not be such as to form an independent basis for jurisdiction for the claim, while demonstrating a sufficient connection between the principal claim and the third party claim to convince the court seised that the claim has not been made solely in order to bring the person summonsed before the court on the basis of exorbitant jurisdiction.

202 The second paragraph seeks to limit the subordinate jurisdiction for third party claims where there is a choice of court clause agreed with the defendant. It would be contrary to the principle of the freedom of the parties to agree on a competent court, and the principle of good faith, to allow a party claiming the benefit of a warranty to bring the party who gave it before the court which has jurisdiction for the original claim, in breach of an agreement conferring jurisdiction on another court,[120] provided that the choice of court agreement was exclusive and complies with the conditions laid down in Article 4 of the Convention.

Article 17 – Jurisdiction based on national law

203 The Convention does not regulate exhaustively the jurisdiction of the courts of the Contracting States; it merely defines, in Articles 3 to 13, a series of criteria for international jurisdiction which must be put into place by the Contracting States and their courts.

204 This implies, on the one hand, that the Contracting States are bound to make provision for such jurisdiction and make it available to parties wishing to use it. On the other hand, it means that when a claimant brings suit before the courts of a State on which the Convention confers jurisdiction under these Articles, the court seised cannot refuse to deal with the case, unless the Convention itself permits it to do so or compels it to decline jurisdiction in favour of another court situated in another Contracting State or in a third country. The combined effects of exclusive jurisdiction (Art. 12) and protective jurisdiction (Arts 7 and 8), and the role assigned by the Convention to the will of the parties in deciding which is the competent forum (Arts 4 and 5), or again, the requirement for courts which are equally competent to co-ordinate their responses (Arts 21 and 22) mean that certain grounds of jurisdiction which are available in theory will not be available in a specific case.

205 Although Contracting States assume, by virtue of the Convention, an obligation to make available to the parties the grounds of jurisdiction which are expressly provided and regulated in it, they are by no means bound not to retain in their national law other grounds of jurisdiction for the topics covered by the Convention, where such jurisdiction is not incompatible with jurisdiction expressly provided in or not forbidden by the Convention itself.

206 Article 17 explains in this regard the limits of the obligation assumed by Contracting States, by stating that the Convention does not inhibit the application of rules of jurisdiction under national law, subject to the treaty rules for jurisdiction based on party autonomy (Arts 4 and 5), or a protective purpose (Arts 7 and 8) or which is exclusive by nature (Art. 12), and by adding the condition that the jurisdiction in question must not fall into a prohibited category (Art. 18). The margin for manoeuvre which States possess in allotting a role to their national law for matters of jurisdiction is therefore limited by the grounds of jurisdiction expressly provided, on the one hand, and by the prohibited grounds of jurisdiction, on the other. Within these limits, Contracting States are free to establish such jurisdictional rules as they deem most appropriate, in any field, including those fields – contracts, torts, branches – for which the Convention has specific rules of jurisdiction.

Article 18 – Prohibited grounds of jurisdiction

207 This Article defines the grounds of jurisdiction which must be regarded as prohibited by the Convention. The definition is made by stating a principle, followed by examples and guidelines for putting it into practice.

Paragraph 1

208 This paragraph states the principle that grounds of jurisdiction provided by the national law of a Contracting State are admissible only if they are based on a substantial connection between the dispute and the State concerned. This principle builds upon the condition laid down in the last part of Article 17, which governs recourse to national rules of jurisdiction. In stating this principle, the Convention does not enact any precise rules for applying it, so that it is left to the court which has to apply it in each specific case to decide whether or not there is a substantial connection underlying each rule of jurisdiction. Moreover, since Contracting States are bound not to apply their national law when there is no substantial connection between the dispute and the State, the application of the rule amounts to giving the courts of each State the discretion to decide whether their national rules of jurisdiction are compatible with the principle laid down in Article 18. If the substantial connection cannot be established in a particular case, the court seised will be bound, under the Convention, to find that it lacks jurisdiction. It will of course depend on the procedures put in place by each Contracting State for implementing the Convention to ensure that adequate means exist to exercise the power of review thus conferred on the court.

209 However, the prohibition against using connecting factors which do not indicate a substantial connection between the State of the court seised and the dispute exists only when the defendant is habitually resident in a Contracting State. As regards defendants with their habitual residence on the territory of a non-Contracting State, each State remains free to regulate the extent of its judicial competence in whatever manner it deems appropriate, including the use of exorbitant connections, and defendants situated in a non-Contracting State will not therefore have any protection against such use. Thus the Convention, which in principle does not make the defendant's residence in a Contracting State a criterion for applying treaty rules of jurisdiction,[121] does in fact use it as a criterion for delimiting the margin of manoeuvre open to States for relying on national law to define the extent of their jurisdictional competence.

Paragraph 2

210 In order to facilitate the application of the principle enshrined in paragraph 1, the Convention here gives a series of examples of factors which do not indicate any substantial

[119] The Brussels Convention has a negative condition: it specifies that jurisdiction for the original claim will extend to a third party claim "unless the suit was brought solely in order to remove the person from the court otherwise having jurisdiction"; this wording has resulted in the text being interpreted to mean that a plaintiff once summonsed who contests jurisdiction has to prove that there is a misuse of the forum (see H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.* note 40, No 226).

[120] On this point see the Jenard Report (*op. cit.* note 32), *sub* Art. 6 (1), although there is no express provision in the Brussels Convention.

[121] See the commentary on Art. 2 above.

substantiel du litige avec un État. Les règles nationales qui se fondent sur les critères indiqués dans le paragraphe 2 ne sont pas soumises à une appréciation du juge saisi visant à vérifier l'existence d'un lien substantiel; elles doivent être écartées automatiquement du fait que l'insuffisance du lien sur lequel elles se fondent est affirmée dans la Convention. Face à des règles nationales fondées sur les critères indiqués au paragraphe 2, le juge saisi ne pourra donc que se déclarer incompétent.

211 Les compétences expressément interdites par la Convention sont notamment les suivantes:

Lettre a) – *Présence ou saisie de biens du défendeur*

212 Ce chef de compétence permet d'attraire le défendeur devant les tribunaux d'un État en faisant valoir qu'il possède des biens sur son territoire. Dans la mesure où il peut être invoqué pour fonder n'importe quelle action, alors même que la demande n'a aucun lien avec les biens présents dans l'État, ce for doit être considéré comme exorbitant et ne peut pas être accepté. Suivant l'exemple de la Convention de Bruxelles, qui a exclu l'applicabilité du § 23 de la *Zivilprozessordnung* allemande utilisé pour fonder une compétence *in personam* indépendamment de la valeur de la demande[122], et du *Protocole additionnel du premier février 1971 à la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, la Commission spéciale n'a eu aucune difficulté à inclure cette compétence parmi les compétences interdites. Il en est de même lorsqu'une compétence générale est fondée sur la saisie de biens du défendeur dans l'État, ainsi qu'il arrive par exemple en Écosse[123].

213 L'interdiction de fonder la compétence sur la présence ou la saisie des biens du défendeur ne concerne ce critère, ainsi qu'on vient de le mentionner, qu'en tant que fondement d'une compétence générale à l'égard du défendeur. Il en est autrement pour l'exercice d'une compétence spéciale, lorsque le litige est directement lié aux biens du défendeur qui se trouvent ou ont été saisis dans l'État. Dans ce cas, on ne peut pas affirmer que le rattachement n'exprime pas un lien substantiel du litige avec l'État. La Convention n'exclut donc pas son utilisation en tant que fondement d'une compétence spéciale, si le droit national le prévoit[124].

Lettre b) – *Nationalité du demandeur*

214 Cette compétence permet au demandeur de porter une action contre le défendeur devant les tribunaux de l'État dont il a la nationalité, indépendamment de la nature de la demande et à défaut de tout autre rattachement avec cet État. C'est le cas de l'article 14 des Codes civils français et luxembourgeois que la Convention de Bruxelles déclare exorbitant. Là aussi la Commission spéciale n'a eu aucune hésitation à interdire un chef de compétence qui, dans le domaine matériel de la Convention, ne peut nullement constituer un lien suffisant du litige avec l'État du juge saisi.

[122] Cf. M. Weser, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Bruxelles, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1975, p. 110.
[123] Voir le Rapport Schlosser (*op. cit.* note 10), No 86.
[124] On notera que la compétence du lieu de situation des biens est prévue par la *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés*, Rome, 24 juin 1995.

Lettre c) – *Nationalité du défendeur*

215 L'opportunité d'interdire la compétence fondée sur la nationalité du défendeur, prévue par exemple à l'article 15 des Codes civils français, luxembourgeois et belge et admise dans le passé par la jurisprudence italienne[125], a également été affirmée sans susciter trop de discussions. Une telle compétence ne se justifie guère dans le cadre d'une convention ayant un domaine matériel comme celui de la présente Convention, et son application pourrait porter à affirmer la compétence dans des situations n'ayant aucun lien réel avec l'État du juge saisi.

Lettre d) – *Domicile, résidence habituelle ou temporaire, ou présence du demandeur*

216 Bien qu'elles puissent être regardées comme exprimant un rattachement plus fort que la nationalité du demandeur, d'autres situations se rapportant à la condition du demandeur, telles que son domicile, sa résidence habituelle ou temporaire, ou sa simple présence dans l'État du tribunal saisi ne montrent pas un lien suffisant avec celui-ci pour fonder une compétence générale du tribunal saisi[126]. Ces situations expriment un rattachement du demandeur qui, par sa nature, serait susceptible de jouer dans le domaine propre à la Convention, mais elles n'indiquent que le rattachement d'une des parties en cause et donnent lieu aux mêmes difficultés que le for de la nationalité du demandeur si elles sont utilisées en tant que seules bases de compétence. La Commission spéciale a marqué son accord pour les exclure[127].

Lettre e) – *Poursuite d'activités commerciales ou autres par le défendeur*

217 Ce chef de compétence a donné lieu à beaucoup de discussions au sein de la Commission spéciale, en partie à cause de la difficulté de saisir exactement la portée d'un rattachement assez souple et soumis à l'appréciation du juge dans chaque cas d'espèce. L'interdiction vise la compétence fondée sur la circonstance que le défendeur a une activité régulière et d'une certaine importance dans l'État, indépendamment de l'organisation de celle-ci, et donc sans égard à l'existence d'un rattachement ultérieur avec cet État: présence de biens ou d'un établissement, principal ou secondaire, dans l'État même. Ce rattachement, mieux connu aux États-Unis d'Amérique avec l'expression «*doing business*», permet, dans certaines situations, de porter une action contre le défendeur aussi dans le cas où la demande n'a aucune relation spécifique avec l'activité déployée par le défendeur dans l'État du juge saisi. Il s'agit donc d'une compétence qui a une portée générale malgré le défaut d'un centre d'activité du défendeur dans cet État. En outre, son application présente une marge d'incertitude importante, à cause de la difficulté d'établir la qualité et la quantité d'activité nécessaire pour fonder la compétence, dont l'appréciation ne pourrait qu'être laissée au même juge saisi. Sa présence dans le contexte de la Convention, destinée à fournir un instrument d'application certain à la pratique, risquerait de favoriser un contentieux entre les parties au stade de l'établissement de la compétence du tribunal saisi. La Commission spéciale s'est donc inclinée vers son exclusion[128].

[125] Cf. encore M. Weser (*op. cit.* note 122), p. 104. Cette compétence n'est plus admissible en Italie après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi de droit international privé de 1995.
[126] Cela n'exclut pas que ces mêmes situations puissent jouer un rôle pour fonder une compétence spéciale: voir par exemple l'art. 7 en matière de contrats conclus par les consommateurs.
[127] Ce chef de compétence figurait déjà parmi les compétences non admises par le Protocole de La Haye de 1971.
[128] Voir également le Protocole de La Haye de 1971 (art. 4 *d)*).

connection between a State and a dispute. National rules based on the criteria indicated in paragraph 2 are not open to appraisal by a court seised which is seeking to ascertain whether a substantial connection exists; they must automatically be disregarded, as the inadequacy of the connection on which they are based is affirmed in the Convention. Faced with national rules based on the criteria set out in paragraph 2, the court seised must therefore find that it lacks jurisdiction.

211 The grounds of jurisdiction expressly prohibited by the Convention are as follows:

Sub-paragraph a) – *The presence or seizure of property belonging to the defendant*

212 This ground of jurisdiction would enable the defendant to be arraigned before the courts of a State on the basis that he possesses property on its territory. Since it could be used to found an action of any kind, even if the application to the court has no connection with the property situated in the State concerned, this forum must be regarded as exceptional and cannot be accepted. Following the example of the Brussels Convention, which disbarred the use of section 23 of the German *Zivilprozessordnung* as a ground of jurisdiction *in personam* irrespective of the merits of the application,[122] and the *Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, the Special Commission had no difficulty in including this ground of jurisdiction among the prohibited grounds. The same is true when a general ground of jurisdiction is based on the seizure in the State of property belonging to the defendant, as happens for instance in Scotland.[123]

213 The prohibition against founding jurisdiction on the presence or seizure of property belonging to the defendant only concerns this criterion, as mentioned above, as the basis for general jurisdiction over the defendant. This does not occur with the exercise of special jurisdiction, when the dispute is directly connected with property of the defendant which is situated or has been seised in the State. In this case, it cannot be said that the connecting factor does not indicate a substantial link between the dispute and the State. Hence the Convention does not forbid its use as the basis for a special ground of jurisdiction, if national law makes provision for this.[124]

Sub-paragraph b) – *The nationality of the plaintiff*

214 This ground of jurisdiction enables the plaintiff to bring suit against the defendant in the courts of the State whose nationality he possesses, regardless of the nature of the claim and in the absence of any other connection with that State. This is the case in Article 14 of the French and Luxembourg Civil Codes, which the Brussels Convention defines as exorbitant. Here again, the Special Commission had no hesitation in prohibiting a ground of jurisdiction which, in the substantive field of the Convention, cannot constitute a sufficient connection between the dispute and the State of the court seised.

Sub-paragraph c) – *The nationality of the defendant*

215 It was also decided, without much discussion, that it was desirable to prohibit jurisdiction based on the nationality of the defendant, as is provided for instance in Article 15 of the French, Luxembourg and Belgian Civil Codes, and admitted in the past in Italian jurisprudence.[125] This ground of jurisdiction is hardly warranted in a convention with the substantive scope of the present one, and its application could lead to jurisdiction being claimed in situations without any genuine link with the State of the court seised.

Sub-paragraph d) – *The domicile, habitual or temporary residence, or presence of the plaintiff*

216 Although they may be regarded as indicating a closer connection than the nationality of the plaintiff, other situations relating to the status of the defendant, such as his domicile, habitual or temporary residence, or his mere presence in the State of the court seised, do not evince a sufficient connection with it to provide a general ground of jurisdiction for the court seised.[126] These situations reflect a connection with the defendant which is capable by its nature of playing a role in the field to which the Convention pertains, but they indicate a connection of only one of the parties concerned, and give rise to the same difficulties as the forum of the defendant's nationality if they are used as the only grounds of jurisdiction. The Special Commission was in agreement that they should be excluded.[127]

Sub-paragraph e) – *The carrying on of commercial or other activities by the defendant*

217 This ground of jurisdiction gave rise to considerable discussion within the Special Commission, partly because of the difficulty of deciding exactly how far such a flexible connection, one which has to be appraised by the court in each particular case, can be said to extend. The prohibition covers jurisdiction based on the fact that the defendant carries on a regular activity of some significance in the State, regardless of the manner in which it is organised, and thus without regard to the existence of another link with the State, such as the presence of property or an establishment, principal or secondary, in the State itself. This connection, better known in the United States of America under the heading of "doing business", makes it possible in some situations to bring a suit against the defendant even when the claim has no specific relationship with the activity carried on by the defendant in the State of the court seised. This therefore is a ground of jurisdiction which is general in scope, despite the absence of any focal point for the defendant's activities in the State. Moreover, there is a significant margin of uncertainty in applying it, because of the difficulty of determining the quality and quantity of activity which is needed in order to found jurisdiction; this again has to be left to the court seised to decide. Its presence in the Convention, which is intended to provide a reliable instrument for use in practice, would involve the risk of encouraging a dispute between the parties at the stage when the jurisdiction of the court seised is being determined. The Special Commission was therefore in favour of excluding it.[128]

[122] *Cf.* M. Weser, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Brussels, Centre interuniversitaire de droit comparé, 1975, p. 110.
[123] See the Schlosser Report (*op. cit.* note 10), No 86.
[124] It will be noted that jurisdiction for the place where the property is situated is provided in the *Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*, Rome, 24 June 1995.

[125] *Cf.* M. Weser (*op. cit.* note 122), p. 104. This ground of jurisdiction has not been admissible in Italy since the entry into force in 1995 of the new law on private international law.
[126] However, these situations may have a role in founding special jurisdiction: see for instance Art. 7, on contracts with consumers.
[127] This ground of jurisdiction was already among those not admitted by the 1971 Hague Protocol.
[128] See also the 1971 Hague Protocol (Art. 4 *d*)).

218 Il est à préciser que le rattachement à l'activité du défendeur dans l'État n'est interdit qu'en tant que fondement d'une compétence générale, qui pourrait s'exercer sur un litige n'ayant aucune relation avec l'activité en question. L'interdiction ne serait pas justifiée lorsque le litige porte sur cette activité ou y est directement lié. La compétence ne serait en fait pas fondée sur un *doing business*, mais plutôt sur un *transacting business*, qui est susceptible d'exprimer un lien suffisant du litige avec l'État dans lequel l'activité est déployée. Tout en écartant, ainsi qu'on l'a déjà mis en lumière, que l'activité du défendeur puisse être prise en compte pour fonder une compétence spéciale en vertu de la Convention, celle-ci n'exclut donc pas qu'elle constitue la base d'une compétence spéciale selon le droit national.

Lettre f) – *Assignation délivrée au défendeur*

219 Le droit de certains États, notamment des pays de *common law*[129], connaît une compétence fondée uniquement sur la circonstance que l'assignation a été délivrée au défendeur sur le territoire de l'État du tribunal saisi. Bien que cette compétence trouve sa justification originaire dans la constatation que la compétence du juge n'existe pas si le défendeur n'a pas été assigné régulièrement, il est incontestable que l'assignation n'est pas suffisante à elle seule pour établir un lien significatif avec l'État du juge en toute circonstance. Là encore, suivant le *Protocole additionnel du premier février 1971 à la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, la Commission spéciale n'a pas hésité à inclure ce chef de compétence dans la liste des fors interdits.

Lettre g) – *Désignation unilatérale du tribunal par le demandeur*

220 Cette disposition vise le cas où l'indication d'un tribunal comme compétent n'a pas été l'objet d'une manifestation de volonté conjointe des parties, mais peut être attribuée seulement à l'une d'entre elles. Dans ce cas on est en dehors de l'hypothèse d'élection de for prévue par l'article 4, qui est fondée sur l'accord des parties selon une des formes admises en vertu du paragraphe 2 dudit article; la pratique qui s'est développée en matière d'élection de for dans l'application d'autres Conventions internationales montre clairement que l'indication unilatérale du juge compétent (par ex. dans une facture)[130] n'est pas équivalente à un tel accord. On est également en dehors de la situation visée par l'article 5, qui suppose que l'élection de for unilatérale faite par le demandeur en introduisant son action devant un tribunal qui ne serait pas autrement compétent, soit confirmée par le comportement du défendeur, qui se défend au fond sans contester la compétence. À la lumière du rôle attribué à l'autonomie des parties dans la Convention, il est évident que la désignation unilatérale du tribunal par une seule des parties ne peut constituer un lien suffisant avec celui-ci.

Lettre h) – *Procédure d'exequatur, d'enregistrement ou d'exécution d'un jugement*

221 Cette disposition vise à exclure le fait qu'une procédure ayant pour objet la mise en œuvre d'un jugement étranger – soit au stade de l'exequatur ou de l'enregistrement soit au stade de l'exécution – dans un État puisse constituer un chef de compétence permettant aux tribunaux de cet État de connaître d'autres demandes non liées à ladite procédure. Une compétence générale de cette nature est clairement injustifiée sous l'angle du lien entre le litige et le juge saisi, car elle pourrait être utilisée pour porter devant les tribunaux d'un État une affaire qui n'a aucun rattachement avec cet État.

222 De même que pour les rattachements à la présence de biens et à l'activité du défendeur dans l'État, la Commission spéciale a estimé qu'une compétence fondée sur l'existence d'une procédure de mise en œuvre d'une décision étrangère ne devait être interdite qu'en tant que compétence générale. Par conséquent, les États contractants demeurent libres de prévoir dans leur droit national une compétence spéciale lorsque le litige est directement lié à une telle procédure. Il faut toutefois souligner qu'une telle compétence doit être interprétée restrictivement, et qu'elle ne serait justifiée que dans la mesure où elle ne fait pas obstacle à l'obligation de reconnaissance ou d'exécution du jugement étranger qu'un État aurait assumée en vertu de la Convention.

Lettre i) – *Résidence temporaire ou présence du défendeur*

223 Tandis que la résidence habituelle du défendeur dans un État représente le critère fondamental pour l'attribution d'une compétence (générale) aux tribunaux de cet État (voir art. 3), sa simple résidence temporaire ou sa présence n'expriment pas à elles seules un lien suffisant pour justifier cette compétence. L'appréciation du caractère temporaire de la résidence doit être faite cas par cas, en tenant compte des facteurs constitutifs d'une résidence habituelle.

Lettre j) – *Lieu de signature du contrat dont dérive le litige*

224 L'exclusion de ce chef de compétence découle de la considération que le lieu où un contrat est signé peut avoir une nature purement accidentelle et qu'à défaut de la présence d'autres rattachements il ne constitue pas un lien suffisant pour fonder un for contractuel.

225 Ainsi qu'on l'a souligné, les compétences interdites figurant au paragraphe 2 ne constituent pas une liste exhaustive. Elles ne sont que des exemples de compétences prévues par les législations nationales, auxquels d'autres pourraient s'ajouter. Le chapeau du paragraphe l'indique clairement, en faisant précéder la liste par le mot « notamment » dans la version française, qui a été omis de manière inexplicable dans la version anglaise. Le but d'une liste non exhaustive n'est pas seulement de ne pas risquer d'oublier telle ou telle autre compétence exorbitante qui pourrait exister dans les législations existantes, mais également d'éviter que de nouveaux fors exorbitants puissent être introduits en violation du principe énoncé au paragraphe 1.

226 Il faut encore souligner que les rattachements indiqués dans la liste tombent sous l'interdiction de l'article 18 s'ils fondent tant une compétence générale qu'une compétence spéciale, sauf pour les rattachements visés aux lettres *a)*, *e)* et *h)*, pour lesquels la possibilité d'une compétence spéciale est expressément admise. À ce dernier propos, il y a lieu aussi de rappeler que ce paragraphe, en permettant la mise en œuvre de compétences spéciales fondées sur certains des critères inclus dans la liste, n'attribue nullement aux États contractants une compétence en ce sens. Il se borne à permettre l'exercice de ces compétences spéciales, à la condition qu'elles soient prévues dans le droit national de l'État du tribunal saisi, aux termes de l'article 17.

227 Par ailleurs, le paragraphe 2 précise que les critères qui figurent dans la liste ne peuvent pas être pris comme fonde-

[129] Voir, pour le Royaume-Uni et l'Irlande, les commentaires du Rapport Schlosser (*op. cit.* note 10), Nos 85 et 86.
[130] Cette situation est également visée par le Protocole de La Haye de 1971 (art. 4 *f)*).

218 It should be explained that the connection to the defendant's activity in the State is prohibited only for the purpose of founding a general jurisdiction, which could then be exercised for any case quite unrelated to the activity in question. The prohibition would not be justified if the dispute is related to that activity or is directly connected to it. Jurisdiction would not in fact be based on "doing business", but rather on "transacting business", which may reflect a sufficient link between the dispute and the State in which the activity is carried on. Although, as already explained, the possibility of the defendant's activity being taken into account to found special jurisdiction under the Convention has been foreclosed, this does not prevent its constituting the basis for special jurisdiction under national law.

Sub-paragraph f) – *The service of a writ upon the defendant*

219 In the law of some States, especially common law States,[129] there is a ground of jurisdiction based solely on the fact that a writ has been served on the defendant on the territory of the State of the court seised. Although this ground of jurisdiction was originally justified by the finding that the court only has jurisdiction if the writ has been properly served on the defendant, it is undisputed that service of the writ is not in itself sufficient to establish a significant connection with the State of the court in all circumstances. Here again, in the light of the *Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, the Special Commission did not hesitate to include this ground of jurisdiction among the list of prohibited fora.

Sub-paragraph g) – *The unilateral designation of the forum by the plaintiff*

220 This provision is for cases where the statement that a particular court has jurisdiction was not a joint expression of intent by the parties, but can only be traced to one of them. In this case, there is no choice of court as in Article 4, which is based on the consent of the parties according to one of the forms admitted in paragraph 2 of that Article; the practice which has developed with respect to the choice of court in applying other international Conventions clearly shows that the unilateral designation of the competent court (for instance on an invoice)[130] is not equivalent to such consent. Nor is this the same situation as in Article 5, which presupposes that the unilateral choice of court made by the plaintiff in submitting his application to a court which does not otherwise have jurisdiction is confirmed by the conduct of the defendant, who then defends the case on the merits without contesting jurisdiction. Because of the role assigned to party autonomy in the Convention, it is clear that unilateral designation of a court by only one of the parties cannot represent a sufficient connection with it.

Sub-paragraph h) – *Proceedings for a declaration of enforceability, registration or enforcement of a judgment*

221 The aim of this clause is to ensure that proceedings to obtain execution of a foreign judgment – either at the stage of a declaration of enforceability, or at the registration stage, or at the enforcement stage – in a particular State do not become a ground of jurisdiction enabling the courts of that State to entertain other applications unconnected with those proceedings. General jurisdiction of this kind is evidently unwarranted from the viewpoint of the link between the dispute and the court seised, as it could be used to bring before the courts of a State a case which has no connection with that State.

222 As with connections with the presence of property and activities by the defendant in a State, the Special Commission has taken the view that jurisdiction based on the existence of proceedings to execute a foreign decision should be prohibited only in the form of a general jurisdiction. Consequently, Contracting States remain free to make provision in their national law for special jurisdiction where the dispute is directly associated with proceedings of this kind. However, it should be emphasised that this ground of jurisdiction is to be interpreted restrictively, and that it will only be justified in so far as it does not form a barrier to the obligation to recognise and enforce a foreign judgment which a State has assumed under the Convention.

Sub-paragraph i) – *Temporary residence or presence of the defendant*

223 While the habitual residence of the defendant in a State is the basic criterion for the courts of that State to have (general) jurisdiction (see Art. 3), his or her mere temporary residence or presence are not in themselves a sufficient connection to warrant such jurisdiction. Whether the residence is temporary in nature must be decided on a case-by-case basis, taking account of the factors which go to make up habitual residence.

Sub-paragraph j) – *The place of signature of the contract from which the dispute arises*

224 The exclusion of this ground of jurisdiction is based on the consideration that the place where a contract is signed may be of a purely accidental nature, and if there are no other connecting factors it will not be a sufficient connection on which to base a contract forum.

225 As already explained, the list of prohibited grounds in paragraph 2 is not exhaustive. These are merely examples of grounds of jurisdiction provided by national legal systems, and others may be added. The *chapeau* of the paragraph makes this clear, with the word "*notamment*" which precedes the list in the French version but is omitted inexplicably in the English version. The aim of a non-exhaustive list is not merely to avoid the risk of forgetting a particular exorbitant ground of jurisdiction which may exist in legislation somewhere, but also to ensure that fresh exorbitant fora grounds cannot be introduced, in breach of the principle laid down in paragraph 1.

226 It must also be pointed out that the connecting factors mentioned in the list fall within the Article 18 prohibition if they form the basis for general as well as special jurisdiction, except for the connecting factors listed in sub-paragraphs *a)*, *e)* and *h)*, for which the possibility of special jurisdiction is expressly admitted. In respect of the latter, it should also be remembered that this paragraph, which permits the exercise of special grounds of jurisdiction based on some of the criteria included in the list, does not confer any jurisdiction in this sense on Contracting States. It merely allows the exercise of the special jurisdiction mentioned, provided these grounds are specified in the national law of the State of the court seised, in accordance with Article 17.

227 Paragraph 2 also makes clear that the criteria mentioned in the list cannot be taken as a basis for jurisdiction

[129] For the United Kingdom and Ireland, see the commentaries in the Schlosser Report (*op. cit.* note 10), Nos 85 and 86.
[130] This situation is also covered by the 1971 Hague Protocol (Art. 4 *f)*).

ment de la compétence des tribunaux d'un État non seulement lorsqu'ils sont considérés séparément, mais également lorsque plusieurs critères sont présents à la fois. En d'autres termes, l'existence simultanée de deux ou de plusieurs fors exorbitants dans un même État n'est pas suffisante à créer un lien substantiel du litige avec cet État puisque chacun de ces fors est exorbitant. Par contre, la concurrence d'un for exorbitant et d'autres critères que ceux qui sont inclus dans la liste implique que la question de l'existence d'un lien substantiel soit soumise à l'appréciation du juge saisi, aux termes du paragraphe 1. Cette conclusion découle du texte du paragraphe 2, qui n'interdit les rattachements indiqués dans la liste que lorsqu'ils constituent le seul fondement de la compétence du tribunal saisi.

Paragraphe 3

228 Ce paragraphe reflète une question qui a été longuement débattue par la Commission spéciale. Il s'agit de l'incidence de la Convention sur les actions civiles tendant à obtenir une réparation ou une indemnisation, à la suite d'une violation grave des droits fondamentaux de la personne, tels qu'ils sont reconnus par le droit international général et conventionnel. Il est bien connu qu'à l'égard de ces crimes internationaux il y a une tendance vers l'attribution d'une compétence universelle aux États, qui leur permette d'exercer la juridiction pénale en faisant abstraction d'un rattachement bien précis du crime avec l'État du juge saisi. Le Statut même de la Cour pénale internationale, adopté à Rome le 17 juillet 1998, s'exprime dans cette direction, en prévoyant une obligation des États de réprimer ces crimes et la compétence de la Cour internationale au cas où les États s'abstiendraient de le faire. Il est aussi tout à fait normal que l'exercice de l'action pénale s'accompagne d'une action civile des victimes visant à obtenir une réparation de la part de la personne responsable de la violation. À ce propos, il faut également noter qu'une telle action civile peut s'insérer dans le cadre de l'action pénale elle-même, lorsque le droit national le permet et que le requérant l'estime opportun, ou bien être introduite d'une façon autonome devant le juge civil. Le problème se pose de déterminer les règles qui doivent régir la compétence internationale civile en cette matière, compte tenu des obligations qui découlent pour les États du droit international général et conventionnel.

229 Il y a lieu de remarquer, dans ce contexte, que la Convention n'a pas pour but principal de régler ce type d'actions civiles, mais plutôt de définir les règles de compétence juridictionnelle concernant les relations civiles et commerciales entre particuliers, qui se situent dans un contexte international. Il ne s'agit donc pas de fixer dans la Convention des règles de compétence propres aux actions fondées sur une violation des droits fondamentaux de la personne, mais simplement de laisser toute liberté aux États contractants d'adopter des règles nationales en la matière, en évitant que la Convention fasse obstacle à cette liberté. De ce point de vue, la solution la plus radicale aurait été d'exclure cette catégorie d'actions du domaine d'application matérielle de la Convention. La Commission spéciale a écarté cette solution, car elle aurait eu comme conséquence que ces actions, et les jugements prononcés à leur issue, n'auraient pu bénéficier des règles de reconnaissance et d'exécution de la Convention alors même qu'elles auraient été fondées sur une règle de compétence admise par la Convention même.

230 Tout en laissant aux États contractants la liberté de définir l'étendue de leur compétence en la matière, la solution a donc été retenue de prévoir une exception à l'interdiction d'utiliser certains fors dans le cadre du droit national. C'est ainsi que le paragraphe 3 de l'article 18 déclare que cet article n'exclut pas qu'un tribunal d'un État contractant exerce sa compétence, en vertu du droit national, lorsqu'il est saisi par le requérant d'une demande en réparation ou en indemnité d'une violation de ses droits fondamentaux. Par ce moyen, des compétences qui devraient être bannies du droit national car elles n'expriment pas un lien substantiel entre l'État et le litige, peuvent être utilisées, dans le cadre du droit national, si les États les estiment nécessaires pour faire face aux exigences qui découlent de la protection des victimes des violations des droits fondamentaux de la personne.

231 Toutefois, le principe ainsi établi n'a pas pu être développé dans toutes ses implications au cours des travaux de la Commission spéciale. Les conditions qui justifient une dérogation à l'interdiction de faire recours à certains rattachements exorbitants pour fonder la compétence juridictionnelle dans la matière visée n'ont pu jusqu'ici former l'objet d'un accord. C'est pourquoi l'avant-projet de Convention présente deux variantes, qui expriment les approches principales qui se sont manifestées au sein de la Commission spéciale à cet égard.

232 La première variante contient une indication détaillée des violations qui justifient l'emploi de fors exorbitants aux fins de l'exercice de la compétence en matière civile. Ces violations comportent d'un côté le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, tels que définis par le Statut de la Cour pénale internationale, et de l'autre côté les crimes graves contre une personne physique, ainsi que les violations graves des droits fondamentaux de la personne reconnus par le droit international (torture, esclavage, travail forcé, disparition de personnes). Quant au premier groupe de violations, l'exception prévue par le paragraphe 3 opère sans limites; quant au deuxième, elle n'opère que s'il y a un risque pour le requérant d'un déni de justice, au motif de l'impossibilité ou de la difficulté d'introduire une action dans un autre État.

233 Selon la deuxième variante, en revanche, l'exception à l'article 18 est bien plus restreinte et ne vise que la situation où le comportement qui viole un droit fondamental est qualifié de crime selon le droit international, tandis que d'autres violations ne seraient pas prises en compte. En outre, l'utilisation d'une compétence exorbitante ne serait permise que si l'État qui l'utilise exerce également sa compétence pénale sur ce crime en vertu d'un traité international et si l'indemnisation demandée concerne le décès ou une grave blessure corporelle résultant de ce crime. Par contre, le risque d'un déni de justice ailleurs ne jouerait aucun rôle.

234 La portée de ces deux variantes, ainsi que leurs relations avec la compétence des États en matière pénale, restent à examiner d'une manière plus approfondie et à vérifier dans toutes leurs conséquences, afin d'aboutir à une solution satisfaisante, qui permette de sauvegarder la question de la protection des droits de la personne, sans toucher à l'équilibre structurel de la Convention.

Article 19 – Autorité du tribunal saisi

235 Cet article établit les conditions dans lesquelles le tribunal d'un État contractant saisi d'un litige qui entre dans le champ d'application matériel de la Convention est tenu de vérifier sa compétence. La disposition vise essentiellement à éviter que le tribunal saisi puisse procéder sur la base d'une compétence interdite aux termes de l'article 18 lorsque le défendeur ne comparaît pas : en cas de comparution, en effet, ce sera au défendeur de soulever une exception d'incompétence, au plus tard au moment de sa première défense au fond, à défaut de laquelle la compétence du tribunal sera établie en vertu de l'article 5 de la Convention.

for the courts of a State not solely when they are considered separately, but also when several criteria are present simultaneously. In other words, the existence at one and the same time of two or more exorbitant fora in the same State is not sufficient to create a substantial connection between the dispute and that State, since each of these fora is exorbitant. On the other hand, the conjunction of an exorbitant forum and criteria other than those included in the list implies that the question of whether a substantial connection exists must be decided by the court seised, in accordance with paragraph 1. This conclusion follows from the text of paragraph 2, which does not prohibit the connecting factors indicated in the list except where they are the only basis of jurisdiction for the court seised.

Paragraph 3

228 This paragraph deals with an issue which has been debated at length by the Special Commission. It has to do with the impact of the Convention on civil actions to obtain relief or damages following a serious violation of fundamental human rights, as recognised in the general international and treaty law on human rights. There is a well known tendency with these international crimes to assign universal jurisdiction to States, to enable them to exercise criminal jurisdiction even when there is no clear connection between the crime and the State of the court seised. Even the Statute of the International Criminal Court, adopted in Rome on 17 July 1998, is framed in this sense. It provides that States are bound to prosecute these crimes, and the International Court will have jurisdiction if States fail to do so. Thus it is only to be expected that criminal proceedings may be accompanied by civil proceedings instituted by victims to obtain relief from the person responsible for the violation. In this regard, it should also be noted that a civil action of this kind may be taken in the context of the criminal action itself, if national law permits this and if the plaintiff wishes it; otherwise, an action may be instituted independently in a civil court. There is a problem in deciding which rules should govern international civil jurisdiction in this field, having regard to the obligations which arise for States from general and international treaty law.

229 In this context it should be noted that the chief aim of the Convention is not to regulate civil actions of this kind, but rather to define the rules of jurisdiction for civil and commercial relations among individuals within an international setting. The Convention does not therefore need to include jurisdictional rules for proceedings based on an infringement of fundamental human rights, but merely to leave Contracting States entirely free to adopt national rules in this field, and ensure that the Convention does not prevent them from doing so. From this point of view, the most radical solution would have been to exclude this category of proceedings from the substantive scope of the Convention. The Special Commission rejected this solution, as the consequence would have been that these proceedings, and the judgments handed down as a result, could not have been covered by the Convention's rules of recognition and enforcement although they would have been based on a rule of jurisdiction admitted by the Convention itself.

230 The solution adopted was therefore to leave Contracting States free to define the extent of their competence in this field while providing an exception to the prohibition against using certain fora in the context of national law. Thus Article 18, paragraph 3, states that this Article does not prevent a court of a Contracting State from exercising its jurisdiction under national law when a plaintiff applies to it for relief or damages for an infringement of his fundamental rights. By this means, grounds of jurisdiction which would have to be excluded from national law because they do not represent a substantial connection between the State and the dispute can be used, in the framework of national law, if States consider them necessary in order to meet the needs of protection of victims of infringements of fundamental human rights.

231 However, it was not possible during the ongoing work of the Special Commission to develop all the implications of this principle. No agreement has yet been reached as to the circumstances warranting a waiver of the prohibition against using certain exceptional connecting factors in order to found jurisdictional competence in this field. This is why the preliminary draft Convention offers two alternative variants, reflecting the main approaches favoured within the Special Commission in this respect.

232 The first variant lists in detail the violations which warrant the use of exceptional fora for the exercise of jurisdiction in civil matters. These violations comprise, on the one hand, genocide, crimes against humanity and war crimes, as defined in the Statute of the International Criminal Court, and on the other hand, serious crimes against a natural person, and grave violations of fundamental rights established under international law (torture, slavery, forced labour and disappearances). With the first category of violations, the exception in paragraph 3 operates without restriction; with the second category, it operates only if there is a risk for the plaintiff that justice may be denied, because it is impossible or difficult to bring proceedings in another State.

233 Under the second variant, on the other hand, the exception to Article 18 is much more restricted. It only covers situations in which the conduct in breach of a fundamental right is a crime under international law; other violations are disregarded. Moreover, the use of exorbitant jurisdiction is permitted only if the State using it also exercises its criminal jurisdiction over this crime under an international treaty, and if the damages sought are for death or serious bodily injury arising from the crime. The risk of justice being denied elsewhere plays no role at all.

234 The scope of these two variants, and their relationship to State jurisdiction in criminal matters, will have to be examined in greater detail, and all their implications discussed, in order to arrive at a satisfactory solution which will make it possible to safeguard the issue of protecting human rights, without upsetting the structural balance of the Convention.

Article 19 – Authority of the court seised

235 This Article defines the circumstances in which a court of a Contracting State which is seised of a dispute falling within the substantive scope of the Convention is bound to verify that it has jurisdiction. The main aim of this clause is to ensure that the court seised does not proceed on the basis of one of the grounds of jurisdiction prohibited under Article 18 if the defendant fails to appear. If the defendant does appear, it will be for him to raise an objection to the court's jurisdiction, not later than the time when he presents his initial defence on the merits, failing which the court's jurisdiction will be established under Article 5 of the Convention.

236 La Commission spéciale n'a pas estimé pouvoir établir une obligation générale du juge de vérifier le respect de l'article 18 en toute circonstance, notamment à cause du fait qu'une vérification d'office de la compétence dans les procédures par défaut n'est pas prévue par tous les systèmes juridiques et qu'une telle obligation aurait impliqué, pour les États qui ne la prévoient pas, des modifications importantes de règles de procédure nationales ainsi que des coûts additionnels. L'opportunité de sauvegarder les approches différentes des systèmes nationaux et d'assurer en même temps une protection adéquate du défendeur défaillant a entraîné l'identification d'une série de conditions dont la présence oblige le tribunal saisi à vérifier que sa compétence ne repose pas sur un rattachement interdit en vertu de l'article 18.

a) D'abord, le tribunal est tenu de vérifier sa compétence lorsque son droit national l'exige. Le renvoi au droit national répond à l'exigence de permettre aux États qui prévoient une obligation générale de vérification, ou en tout cas des conditions autres que celles indiquées dans l'article 19, de continuer à les appliquer. Lorsque le droit national prévoit des circonstances qui imposent la vérification de la compétence, elles viennent donc s'ajouter aux conditions conventionnelles.

b) En deuxième lieu, la compétence doit être vérifiée si le demandeur le demande. La disposition tient compte de l'intérêt du demandeur d'avoir, en cas de doute, une vérification de la compétence du tribunal saisi, car, aux termes de l'article 26, le jugement rendu sur la base d'une compétence interdite ne pourra être reconnu ni exécuté dans les autres États contractants.

c) La troisième hypothèse s'inspire de la protection du défendeur, en lui donnant la possibilité de demander la vérification de la compétence même après que le jugement a été rendu. Les modalités de cette demande sont soumises à la procédure prévue à cet effet par le droit national, qui peut la subordonner à certaines conditions. La Commission spéciale a mis cette disposition entre crochets, en vue d'un approfondissement de ses implications de droit national.

d) La dernière hypothèse repose sur l'idée que le tribunal saisi devrait vérifier sa compétence dans le cas où il puisse y avoir un doute quelconque sur le fait que l'acte introductif d'instance ait atteint le défendeur à temps pour lui permettre de se défendre, de manière qu'il ne devrait en aucun cas supporter les conséquences négatives de sa non-comparution. Le texte, dans les deux options offertes en alternative, vise à résoudre le même problème que la Convention de Bruxelles résout avec une référence à l'article 15 de la Convention Notification. Un rappel de la Convention de La Haye ayant été écarté soit parce que l'article 15 de celle-ci n'est pas limité au défendeur défaillant soit parce que la Convention est de toute façon applicable entre les États qui y sont Parties, la solution a été retenue, en principe, de prévoir une condition parallèle à celle de l'article 28, paragraphe 1, lettre *b)*, en matière de conditions de reconnaissance et d'exécution de jugements. La formulation finale de cette condition demande toutefois l'attention ultérieure de la Session diplomatique et figure entre crochets dans le texte de l'avant-projet de Convention.

237 Les conditions qu'on vient d'examiner, il est bien de le souligner, ne concernent la vérification de la compétence du tribunal saisi que sous l'angle des compétences interdites en vertu de l'article 18. Aucune mention ne figure dans l'article 19 des compétences exclusives de l'article 12, pour lesquelles un problème de vérification de la compétence se pose alors même que le défendeur comparaît devant le tribunal saisi, puisqu'il s'agit de compétences qui ne sont pas à la libre disposition des parties. Un problème ultérieur peut également se poser pour les compétences de protection des articles 7 et 8. La question de la vérification de la compétence dans son ensemble mériterait donc peut-être d'être reconsidérée par la Session diplomatique.

Article 20

238 L'article 20 exige que le tribunal saisi sur le fondement de l'une des règles de compétence du chapitre II sursoit à statuer aussi longtemps qu'il n'est pas établi que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre. Il revient au demandeur de convaincre le tribunal de ce point. Cette disposition a pour contrepartie l'article 28(1) *d)* qui autorise (mais n'oblige pas) le juge requis à refuser la reconnaissance ou l'exécution si l'acte introductif d'instance n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre. Partant, le défendeur est doublement protégé.

Paragraphe 1

239 Il y a toutefois plusieurs questions qui se posent à propos de l'article 20, paragraphe 1 :

240 En premier lieu, l'article 20(1) exige que soit vérifiée l'existence d'une notification en temps utile, même si le défendeur a comparu. Dans la mesure où la contrepartie de cette disposition, contenue dans l'article 28(1) *d)*, a été délibérément élargie pour ne pas s'appliquer qu'aux jugements par défaut, on peut estimer que l'article 20(1) s'applique lui aussi à l'hypothèse où le défendeur comparaît sans contester la méthode ou le délai de notification. Dans les pays de *common law*, au moins, une comparution sans contestation permettrait de couvrir toute irrégularité de notification. Cependant, même dans ce cas, l'article 20 impose au demandeur de prouver que l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre – ce qui pourrait pourtant sembler n'être connu que du seul défendeur. Si le défendeur ne soulève pas la question, on peut penser que le demandeur s'acquittera aisément de cette tâche. Mais si le défendeur soulève effectivement la question, la charge de la preuve pesant sur le demandeur deviendra bien plus lourde et tout doute devra être résolu en faveur du défendeur. Et même si le demandeur s'acquitte de sa tâche, la question peut être soulevée à nouveau par le défendeur lors de la procédure de reconnaissance ou d'exécution, par le biais de l'article 28(1) *d)*. Dans la mesure où la disposition de l'article 27(2) relative aux constatations de fait ne vise que les faits ayant permis d'établir la compétence, le tribunal requis ne sera pas lié par les constatations de fait relatives à la notification en temps utile, établies par le juge d'origine en application de l'article 20. Se pose désormais la question de savoir si cette double preuve imposée au demandeur ne va pas un peu trop loin par rapport à l'objectif de protection du défendeur.

241 En deuxième lieu, règne une certaine incertitude sur le point de savoir ce qui est entendu par le terme «*notified*» utilisé dans la version anglaise. Le terme français «notifié» en son sens technique désigne la remise de l'acte introductif d'instance à un «huissier» («*court bailiff*») pour que celui-ci le remette au défendeur[131]. Une telle procédure n'existe pas dans les pays de *common law*, où le terme «notifié» est dépourvu de sens technique. Dans la mesure où l'objet de cette disposition est de donner au défendeur de réels moyens pour organiser sa défense,

[131] Voir la Convention Notification, où, dans l'art. 5, le terme français «notification» devient dans la version anglaise : «*arrange to have it served by an appropriate agency*».

236 The Special Commission felt it could not lay down a general obligation for the court to verify compliance with Article 18 in all circumstances, partly because automatic verification of jurisdiction in default proceedings is not available in all legal systems, and for States which do not have it such an obligation would have necessitated significant changes to national procedural rules, as well as additional cost. It was thought desirable to safeguard the different approaches in national systems, while ensuring adequate protection for a non-appearing defendant, and this approach led to a set of conditions being identified which, if they are present, will compel the court seised to ascertain that its jurisdiction is not based on a connecting factor which is prohibited under Article 18.

a) First, the court is obliged to verify its jurisdiction if national law so requires. The *renvoi* to national law corresponds to the requirement that States which have a general obligation to verify it, or in any case conditions other than those indicated in Article 19, should be able to continue applying these. When national law provides for circumstances which make the verification of jurisdiction compulsory, these circumstances will therefore be additional to those provided by the Convention.

b) Secondly, jurisdiction must be verified if the plaintiff so requests. This provision takes account of the interest of the plaintiff, in doubtful cases, in having the jurisdiction of the court seised verified, since under Article 26 a judgment based on a prohibited ground of jurisdiction cannot be recognised or enforced in the other Contracting States.

c) The third hypothesis seeks to protect the defendant, by enabling him to request verification of the court's jurisdiction even after judgment has been entered. The arrangements for making such a request are governed by procedures laid down for the purpose in national law, which may attach certain conditions. The Special Commission placed this clause in square brackets, with a view to further examination of its implications under national law.

d) The last hypothesis is based on the idea that the court seised ought to verify its jurisdiction in a case where there is some doubt that the document instituting the proceedings reached the defendant in time for him to prepare his defence, so that there would be no reason for him to suffer the negative consequences of failing to appear. In the two alternative variants put forward, the text seeks to resolve the same problem as in the Brussels Convention, which solves it by reference to Article 15 of the Service Convention. It was decided not to refer to the Hague Convention, either because its Article 15 is not confined to a defendant who fails to appear, or because in any case this Convention is applicable as between States which are Parties to it. It was decided instead to set down in principle a condition similar to that in Article 28, paragraph 1 *b)*, concerning the conditions for the recognition and enforcement of judgments. However, the final wording of this condition will require the attention of the Diplomatic Session at a later stage, and is given in square brackets in the text of the preliminary draft Convention.

237 It should be pointed out that the conditions just discussed only relate to verification of the court's jurisdiction from the viewpoint of grounds of jurisdiction which are prohibited under Article 18. There is no mention in Article 19 of the exclusive grounds of jurisdiction in Article 12, for which there is a problem in verifying jurisdiction even when the defendant appears before the court seised, since these are grounds which are not freely available to the parties. There may also be a problem in future with the protective grounds of jurisdiction in Articles 7 and 8. Therefore, the question of verifying jurisdiction may perhaps merit reconsideration as a whole by the Diplomatic Session.

Article 20

238 Article 20 requires the court which is requested to exercise a required jurisdiction under Chapter II to stay proceedings unless and until it is satisfied that the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, was notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence. The burden of satisfying the court rests upon the plaintiff. This provision has its counterpart in Article 28(1) *d)* which permits (but does not compel) the court addressed to refuse recognition or enforcement if the document instituting proceedings was not notified to the defendant in sufficient time to enable the defendant to arrange for the defence. The defendant is thereby doubly protected.

Paragraph 1

239 There are however a number of issues arising from Article 20, paragraph 1:

240 In the first place, Article 20(1) imposes an obligation to verify timely notification of the claim even in the case where the defendant appears. Since its counterpart in Article 28(1) *d)* was broadened deliberately beyond default judgments, it can be assumed that Article 20(1) also applies in the case where the defendant appears, and raises no objection to the method and timeliness of notification. In common law countries at least, an unprotesting appearance would be seen as making good any deficiencies in service. However, Article 20 imposes on the plaintiff even in that case the burden of establishing that the document establishing the claim was notified to the defendant in sufficient time to enable the defendant to arrange for his defence – a matter which would appear to be exclusively within the knowledge of the defendant. If the defendant does not raise the issue, one may assume that the burden will be easily satisfied. But if the defendant does raise the issue, the burden on the plaintiff could become onerous and any doubt will have to be resolved in favour of the defendant. Even if the plaintiff satisfies that burden, the issue can be raised again by the defendant at the stage of recognition or enforcement under Article 28(1) *d)*. Since the provisions of Article 27(2) as to findings of fact only relate to findings as to jurisdictional facts, the court addressed will not be bound by any findings the original court made under Article 20 as to timely notification. The question arises whether the imposition of such a double burden on the plaintiff goes beyond the proper aim of protecting the defendant.

241 Secondly, there is uncertainty as to what is meant by the word "notified" in the English text. The French word "*notifié*" in its technical sense refers to the delivery of the document to the "*huissier*" ("court bailiff") for service.[131] Such a process does not exist in the common law where the word "notified" has no technical meaning. Since the purpose of the provision is to give the defendant a realistic opportunity to

[131] See the Service Convention, Art. 5 chapeau where the French word "*notification*" is rendered in the English text as "arrange to have it served by an appropriate agency".

les termes «*notified*» et «notifié» doivent s'entendre en un sens factuel comme «porté à la connaissance de», ce qui peut englober des méthodes qui ne correspondent pas à une notification au sens strict. Cette interprétation est renforcée par les termes «et de telle manière que», qui montrent que ce qui compte est plutôt le fait de la notification que la technique utilisée.

242 En troisième lieu, la notification doit avoir eu lieu en temps utile et de telle manière que le défendeur puisse se défendre. L'exigence relative au «temps utile» apparaît déjà dans la Convention Notification. Les termes «et de telle manière que» ont été ajoutés dans l'avant-projet de Convention. Il s'agit d'une exigence factuelle, et il peut ne pas suffire au demandeur d'établir que la notification a été faite conformément aux règles de procédure de l'État dans lequel l'acte introductif d'instance a été émis ou de l'État dans lequel il a été signifié.

243 Enfin, reste à s'interroger sur le sens des termes «ou que toute diligence a été faite à cette fin». De la discussion menée au cours de la Commission spéciale, il résulte que ces termes englobent l'institution de *common law* connue sous le nom de «*substituted service*», par laquelle un tribunal peut ordonner que le défendeur soit informé de la procédure autrement que par le biais d'une signification personnelle. Ceci peut recouvrir aussi bien la notification à un avocat ayant en charge les intérêts du défendeur que la publicité dans des journaux que le défendeur soit ou non susceptible de lire. Dans les pays de tradition romano-germanique, il peut parfois suffire que l'acte introductif d'instance ait été remis à l'huissier («notification»), même si celui-ci n'a pas pu effectivement le remettre entre les mains du défendeur («signification»). Encore une fois, cette vérification devra être faite à deux reprises: la première fois par le tribunal d'origine, la seconde par le tribunal requis, en application de l'article 28(1) *d)*. Il reste à espérer que ces vérifications seront conduites avec suffisamment de tolérance à l'égard des différentes méthodes employées par les différents ordres juridiques.

Paragraphe 2

244 Le deuxième paragraphe, qui est entre crochets en attendant la décision de la Session diplomatique, réserve la priorité des instruments internationaux, bilatéraux ou multilatéraux, relatifs à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale. Comme le montrent les termes utilisés, l'instrument auquel songeait avant tout la Commission spéciale est la Convention Notification. Dans cette Convention, l'article 15 pose une règle qui concerne les questions abordées dans l'article 20 de l'avant-projet de Convention. Toutefois, certaines différences notables doivent être soulignées.

245 L'article 15 de la Convention Notification ne s'applique qu'en cas de défaut de comparution du défendeur. Partant, entre les États parties à la Convention Notification, ne pèsera aucune obligation de vérifier la notification en temps utile lorsque le défendeur comparaît, même si subsiste le moyen de défense posé par l'article 28(1) *d)*.

246 L'article 15(1) de la Convention Notification décrit de façon détaillée comment la signification ou la notification peuvent ou bien être réalisées conformément à la loi nationale de l'État requis ou bien résulter d'une transmission effective au défendeur ou à sa demeure selon un autre procédé prévu par cette Convention. Dans les deux cas, la notification et la signification doivent avoir été réalisées en temps utile pour que le défendeur ait pu se défendre. Une attestation de notification est délivrée, en application de l'article 6.

247 L'article 15(2) de la Convention Notification autorise les États contractants à déclarer que, nonobstant les dispositions de l'article 15(1), le juge peut statuer bien qu'aucune attestation constatant la signification ou la notification, ou qu'aucune remise, n'ait été reçue, si certaines conditions sont réunies. La plupart des États parties à la Convention Notification ont fait cette déclaration.

248 La Convention Notification a été ratifiée ou a fait l'objet d'une adhésion de la part d'une très large majorité de pays membres de la Conférence. Toutefois, certains États, comme l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, la Croatie, le Maroc et le Mexique, qui ont participé à la rédaction de l'avant-projet de Convention n'ont pas ratifié ou adhéré à la Convention Notification. Pour les États parties à la Convention Notification, le paragraphe 2, s'il est accepté lors de la Session diplomatique, représentera un avantage certain: leurs obligations mutuelles seront à la fois plus claires et plus légères. Pour les autres, la solution d'évidence serait d'accepter la Convention Notification. Même si le paragraphe 2 n'est pas accepté, la Convention Notification pourra prévaloir, dans la mesure où tout dépendra du contenu de l'article 36, qui n'est pas encore rédigé. Cependant, si la Session diplomatique devait décider que c'est l'article 20(1) qui doit prévaloir, une telle solution aura pour effet de poser une règle dérogatoire à la Convention Notification.

Paragraphe 3

249 Le paragraphe 3, qui figure lui aussi entre crochets, dispose que le paragraphe 1 ne s'applique pas, en cas d'urgence, aux mesures provisoires et conservatoires. Puisque l'efficacité de ces mesures, comme la *Mareva injunction*, dépend largement de leur rapidité et de l'effet de surprise, une telle réserve est essentielle pour conserver son utilité à l'article 13. Une disposition similaire apparaît dans le dernier paragraphe de l'article 15 de la Convention Notification. L'acceptation d'une telle exception n'empêcherait pas de s'opposer à la reconnaissance ou à l'exécution de mesures prononcées sur requête, en application de l'article 28(1) *d)*.

Article 21 – Litispendance

250 L'avant-projet de Convention offre au demandeur un choix entre plusieurs fors. Par exemple, les règles de compétence spécifiques des articles 6 (Contrats) et 10 (Délits) poseront des compétences alternatives à la règle de compétence générale de l'article 3. Si le défendeur est une personne morale, il pourra y avoir quatre fors alternatifs, du fait de la définition donnée dans l'article 3(2). Il est évident qu'une telle situation pourra conduire dans certains cas à un véritable conflit entre plusieurs compétences et dans d'autres cas à des situations où le défendeur risque d'être attrait devant un for inapproprié. Les pays de tradition romano-germanique et les pays de *common law* ont chacun développé un mécanisme permettant de régler cette question. Dans les pays de tradition romano-germanique, ce mécanisme est celui de la litispendance, fondé sur une priorité donnée à la première action en justice[132]. Cette solution a l'avantage de la certitude, mais le désavantage de sa rigidité. Elle peut aussi donner lieu à des abus, au cas où un défendeur saisit préventivement un tribunal d'une action déclaratoire destinée à établir qu'il n'a pas d'obligation à l'égard du demandeur. Dans les pays de *common law*, le mécanisme utilisé est celui du *forum non conveniens*, qui privilégie le juge «naturel» ou «plus approprié», qui n'est pas forcément le juge premier saisi. Cette solution a l'avantage de la flexibilité et de l'adaptabilité aux circons-

[132] Pour l'histoire de la litispendance en droit français, voir H. Gaudemet-Tallon, «La litispendance internationale dans la jurisprudence française», *Mélanges D. Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 121.

defend the claim, the words "notified" and "*notifié*" must be given the factual meaning of "brought to the notice of" which can include methods which may not conform to proper service. This interpretation is supported by the words "and in such a way" which indicates that it is the fact of notification, rather than the method which is the more important.

242 Thirdly, the service must have been effected in sufficient time and in such a way as to enable the defendant to arrange his defence. The requirement of "sufficient time" already occurs in the Service Convention. The words "and in such a way" have been added in the preliminary draft Convention. The test is a factual one and it may not be sufficient for the plaintiff to show that the service complied with the procedural rules of either the State of issue or the State where service took place.

243 Finally, there is the meaning of the words "or that all necessary steps have been taken to that effect". From the discussion in the Special Commission it is clear that those words encompass the case of "substituted service", as known in the common law, whereby a court may order that service be effected other than by notification to the defendant personally. This may range from notification to a lawyer known to be acting for the defendant to an advertisement in a newspaper which the defendant may, or may not, read. In civil law systems it may suffice that the document has been delivered to the "*huissier*" ("*notification*") who may not have been able to actually serve it ("*signification*"). This again is a question which will have to be considered twice: firstly by the original court and secondly by the court addressed under Article 28(1) *d)*. It is to be hoped that this will be done with an understanding of the different methods employed to the same end by different legal systems.

Paragraph 2

244 The second paragraph which is in brackets awaiting determination by the Diplomatic Session preserves the priority of any international arrangement, whether bilateral or multilateral, for the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters. As the language indicates, the instrument the Special Commission had primarily in mind is the Service Convention. In that Convention Article 15 makes provision in relation to the matters provided for in Article 20 of the preliminary draft Convention. A number of important differences should, however, be noted.

245 Article 15 of the Service Convention only applies where the defendant has not appeared. Thus, as between States Parties to the Service Convention there will be no obligation to verify timely notification in cases where the defendant appears, although the defence available under Article 28(1) *d)* will not be affected.

246 Article 15(1) of the Service Convention spells out in some detail how service (as opposed to "notification") may be effected either by reference to the internal law of the State addressed or by actual delivery to the defendant or his residence by another method prescribed by that Convention. In either case the service must have been effected in sufficient time to enable the defendant to defend. A certificate of service is issued pursuant to Article 6.

247 Article 15(2) of the Service Convention allows each Contracting State to make a declaration that, notwithstanding the provisions of Article 15(1), the judge may give judgment, notwithstanding the absence of a certificate of service or delivery, if certain conditions are met. Most States Parties to the Service Convention have made this declaration.

248 The Service Convention has been ratified or been acceded to by a large majority of States who are presently members of the Conference. However, a number of States, including Argentina, Australia, Austria, Croatia, Mexico and Morocco who have participated in the drafting of the preliminary draft Convention have not ratified or acceded to the Service Convention. For States Parties to the Service Convention paragraph 2, if accepted by the Diplomatic Session, will represent a distinct advantage: their obligations as regards each other will be less onerous and more clear. For the others, the obvious option would be to accept the Service Convention. Even if paragraph 2 is not accepted, the Service Convention may still prevail depending on the content of Article 36 which is yet to be drafted. However, if the Diplomatic Session were to decide that Article 20(1) is to prevail, it will in effect derogate from the Service Convention.

Paragraph 3

249 Paragraph 3 which also appears in brackets provides that paragraph 1 shall not apply, in case of urgency, to any provisional or protective measures. Since measures, such as the Mareva injunction, depend on speed and surprise for efficacy such a saving would be essential if Article 13 is to retain any utility. A similar provision appears in the final paragraph of Article 15 of the Service Convention. The acceptance of such an exception would not affect the bar to recognition or enforcement of *ex parte* orders found in Article 28(1) *d)*.

Article 21 – Lis pendens

250 The preliminary draft Convention will offer the plaintiff a choice of fora. For instance, as an alternative to the specific jurisdictions in Articles 6 (Contracts) and 10 (Torts), there will be a general jurisdiction based on Article 3. As regards corporate defendants, there may be four alternative fora available under the definition given in Article 3(2). It is obvious that this may lead in some cases to a conflict of jurisdictions and in others to situations where a defendant may be sued in an inappropriate forum. Both the civil law and the common law have developed mechanisms to deal with this problem. In the civil law the mechanism is that of *lis pendens* which is based on the priority of the first action commenced.[132] It has the advantage of certainty, but the disadvantage of rigidity. It also can be abused by a defendant taking pre-emptive action in seeking a so-called "negative declaration" as to its liability. In the common law the mechanism is that of *forum non conveniens* which prefers the "natural" or "more appropriate" forum which need not be the forum which was seised first. It has the advantage of flexibility and adaptability to the circumstances of each case,

[132] For its history in French law, see H. Gaudemet-Tallon, "La litispendence internationale dans la jurisprudence française", *Mélanges D. Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 121.

tances de chaque espèce, mais elle manque de certitude et de prévisibilité. Inutile de dire que chaque camp regarde avec une certaine méfiance le système qui ne lui est pas familier.

251 Après de longs débats, la Commission spéciale a adopté une solution de compromis par laquelle sont admises à la fois la litispendance et la possibilité de décliner sa compétence dans certaines circonstances. Toutefois, la disposition sur la litispendance de l'article 21 a été rendue plus flexible, et toute priorité a été refusée aux actions déclaratoires. En contrepartie, le pouvoir de refuser d'exercer sa compétence de l'article 22 est soumis à des conditions strictes, qui soulignent son caractère exceptionnel.

Paragraphe 1

252 Pour qu'une situation de litispendance survienne, les conditions suivantes doivent être réunies.

253 Il doit y avoir identité de parties, d'objet et de cause. Les termes anglais «*cause of action*» peuvent faire l'objet d'une interprétation stricte, et renvoient à un type spécifique d'action en justice, comme le «*trespass*» ou la «*negligence*». La version française est toutefois plus large et utilise les termes «la même cause et le même objet», qui ne renvoient pas aux spécificités procédurales de la *common law*, mais à la cause et à l'objet sous-jacents du litige. Ceci est rendu par les termes «quelles que soient les prétentions des parties» («*irrespective of the relief sought*»). Il en résulte que les termes «*cause of action*» dans le texte anglais doivent faire l'objet d'une interprétation large, comme renvoyant à la question litigieuse, comme par exemple le différend né d'un contrat particulier ou d'un événement particulier, plutôt que la forme particulière dans laquelle est formulée la prétention. Partant, une demande en dommages et intérêts formée par une partie en raison de l'inexécution d'un contrat et une demande de l'autre partie contre la première en nullité du même contrat du fait d'une erreur, sont considérées comme fondées sur la même cause[133].

254 Les procédures concurrentes doivent être diligentées dans des tribunaux d'États contractants différents. De toute évidence, un conflit de procédure au sein du même État sera réglé par l'application de la loi interne de cet État. De la même façon, un conflit entre une procédure entamée dans un État contractant et une procédure entamée dans un État non contractant sera régi par la loi nationale de l'État concerné.

255 Le tribunal premier saisi, pour être considéré comme prioritaire, doit être compétent en application des chefs de compétence obligatoires du chapitre II. Il n'est pas nécessaire qu'il ait spécifiquement appliqué l'un de ces chefs de compétence: il est possible que l'action ne concerne que des personnes habituellement résidentes dans l'État du for, et, par conséquent, n'entre pas dans le champ d'application du chapitre II, mais il reste que la compétence retenue doit être compatible avec les chefs de compétence obligatoires, ce qui sera manifestement le cas lorsque le défendeur est habituellement résident dans l'État du for.

256 Il faut que la décision que rendra le tribunal premier saisi soit susceptible de reconnaissance en application du chapitre III de la Convention. Par conséquent, cette décision doit entrer dans la définition du «jugement», donnée à l'article 23. Un jugement rendu en application d'un chef de compétence obligatoire prévu au chapitre II a cette qualité en vertu de l'article 25, à la condition qu'il puisse être assorti de l'autorité de chose jugée. Dans cette mesure, aucune situation de litispendance ne peut se présenter lorsque les procédures concernent des demandes, dans différents États contractants, de mesures provisoires ou conservatoires au sens de l'article 13. Les décisions rendues sur le fondement de l'article 17 ne sont pas susceptibles d'être reconnues en application du chapitre III, par conséquent, les procédures fondées sur un chef de compétence autorisé par l'article 17 ne peuvent être considérées comme prioritaires. Mais, du fait de l'article 21(4), les procédures diligentées sur le fondement d'une compétence autorisée par l'article 17 doivent s'incliner devant une procédure antérieure fondée sur un chef de compétence conventionnel obligatoire. Si les deux actions sont fondées sur l'article 17, il reviendra au droit national du juge concerné de trancher la question.

257 Enfin, le tribunal second saisi ne doit pas être exclusivement compétent au sens des articles 4 ou 12. Si le tribunal second saisi est exclusivement compétent, le tribunal premier saisi est dénué de compétence, et une telle situation risque de se présenter dans le cadre de l'article 11(1), même si cet article n'est pas spécifiquement mentionné.

258 Une fois que ces conditions sont réunies, le tribunal second saisi est obligé de suspendre sa procédure, même si aucune demande n'est formulée en ce sens. En d'autres termes, si besoin est, le tribunal second saisi doit agir d'office.

Paragraphe 2

259 Si une situation de litispendance est constituée, le tribunal second saisi est obligé, en première instance, de suspendre sa procédure. Tant que n'est pas présentée devant lui une décision rendue par le tribunal premier saisi qui réunit les conditions nécessaires pour être reconnue ou exécutée en application du chapitre III, le tribunal second saisi ne renonce pas à exercer sa compétence. Partant, la décision doit être un «jugement» au sens de l'article 23, qui remplit les conditions posées par l'article 25. Ces conditions ont été étudiées dans les développements précédents. Il est évident que la décision doit avoir été rendue sur le fond du différend présenté au tribunal second saisi, et entre les mêmes parties.

260 Si le demandeur ne réussit pas à obtenir du tribunal premier saisi une décision au fond ou si ce tribunal ne rend pas de décision dans un délai raisonnable, le tribunal second saisi peut, en application de l'article 21(3) et à la demande d'une partie, décider de statuer sur le litige. La durée du délai raisonnable n'est pas définie et dépendra de l'évaluation faite par le tribunal second saisi.

Paragraphe 3

261 Le simple fait qu'un autre tribunal a été antérieurement saisi ne prive pas le tribunal second saisi de sa compétence. Le tribunal second saisi n'est obligé de se dessaisir qu'une fois que lui est présentée une décision rendue par le tribunal premier saisi réunissant les conditions exigées pour la reconnaissance et l'exécution par le chapitre III. Entre-temps, il sursoit à statuer. Si le demandeur ne prend pas les mesures nécessaires pour obtenir une décision du tribunal premier saisi ou si ce tribunal ne rend pas sa décision dans un délai raisonnable, le tribunal second saisi peut mettre fin au sursis à statuer et trancher au fond.

Paragraphe 4

262 Comme il a été déjà expliqué, du fait de l'article 21(4), les procédures diligentées sur le fondement d'une compétence autorisée par l'article 17 doivent céder devant une pro-

[133] Comp. CJCE, *Gubisch Maschinenfabrik c. Palumbo* (C-144/86), *Rec.* 1987, p. 4861.

but it lacks certainty and predictability. Needless to say, each side looked with some suspicion at a system with which it was unfamiliar.

251 After long debate the Special Commission has adopted a compromise solution whereby provision is made for both *lis pendens* and for declining jurisdiction in certain circumstances. However, the *lis pendens* provision in Article 21 is made more flexible and priority is denied to the "negative declaration". In return the power to decline jurisdiction in Article 22 is subjected to stringent conditions which emphasise its exceptional character.

Paragraph 1

252 For a situation of *lis pendens* to arise, the following conditions must exist.

253 There must be an identity of parties and of cause of action. The English term "cause of action" can be interpreted narrowly as referring to a particular cause of action such as trespass or negligence. The French version, however, is broader and speaks of "*la même cause et le même objet*" which does not refer to the procedural peculiarities of the common law, but to the underlying cause and object of the litigation. This is further clarified by the use of the words "irrespective of the relief sought". The result is that the words "cause of action" in the English text should be broadly interpreted as referring to the subject matter of the litigation, such as a dispute arising out of a particular contract or incident, rather than to the particular form in which relief is sought. Thus, a claim by one party against the other for damages for breach of contract and a claim by the other party against the first-named that the contract in question was avoided for misrepresentation are based on the same cause of action.[133]

254 The competing proceedings must lie in courts of different Contracting States. Obviously, a conflict of litigation in the same State will be dealt with by the internal law of that State. Similarly, a conflict of litigation between a Contracting and a non-Contracting State is a matter for the national law of the State concerned to resolve.

255 The court first seised in order to gain priority must have a required jurisdiction under Chapter II. It need not specifically exercise that jurisdiction as such: it is possible that the action in the court first seised is between persons habitually resident there and thus outside Chapter II, but the jurisdiction it exercises must be consistent with a required ground under Chapter II which will obviously be the case when the defendant is habitually resident there.

256 The court first seised must be expected to render a judgment which is capable of being recognised under Chapter III of the Convention. The decision must therefore fall within the definition of "judgment" in Article 23. A judgment given in the exercise of jurisdiction based on a required ground set out in Chapter II has that capacity by virtue of Article 25, provided it is capable of gaining the quality of *res judicata*. Thus no *lis pendens* can arise as between proceedings for provisional and protective measures brought in different States under Article 13. Judgments rendered in pursuance of Article 17 do not have the capacity of being recognised under Chapter III and hence proceedings based on a jurisdiction authorised by Article 17 do not have priority. But, by reason of Article 21(4), proceedings based on a jurisdiction authorised by Article 17 must give way to earlier proceedings based on a required jurisdiction. If both proceedings arise under Article 17 jurisdiction, the national law of the relevant court will be applied to resolve the issue.

257 Finally, the court second seised must not have exclusive jurisdiction under Articles 4 or 12. If the court second seised has exclusive jurisdiction, the court first seised lacks jurisdiction and this is likely to be the case in relation to Article 11(1) even though that Article is not specifically mentioned.

258 Once those conditions exist, the obligation on the court second seised to suspend proceedings arises even though no application is made to it to do so. In other words, the court second seised shall act, if need be, on its own motion.

Paragraph 2

259 If a situation of *lis pendens* is established, the court second seised is obliged to suspend proceedings in the first instance. It does not decline jurisdiction until it is presented with a judgment rendered by the court first seised that complies with the requirements for recognition or enforcement under Chapter III. It must therefore be a "judgment" as defined in Article 23 which meets the requirements set out in Article 25. These have been discussed in the preceding section. It is obvious that the judgment must be one on the merits of the dispute between the same parties as in the court second seised.

260 If the plaintiff fails to bring the proceedings in the court first seised to a conclusion on the merits or that court does not render a decision within a reasonable time, the court second seised may, pursuant to Article 21(3) on the application of a party, decide to proceed with the case. What amounts to a reasonable time is not defined and will depend on the assessment of the court second seised.

Paragraph 3

261 The mere fact that another court was seised first does not deprive the court second seised of jurisdiction. The court second seised is only obliged to decline jurisdiction when it is presented with a judgment rendered by the court first seised that complies with the requirements for recognition or enforcement under Chapter III. In the meanwhile the exercise of its jurisdiction is merely suspended. Should the plaintiff fail to take the necessary steps to bring the proceedings to a decision in the court first seised or should that court fail to render a decision within a reasonable time, the court second seised may terminate the stay and proceed with the case.

Paragraph 4

262 As mentioned before, by reason of Article 21(4), proceedings based on a jurisdiction authorised by Article 17

[133] Compare *Gubisch Maschinenfabrik v. Palumbo* (C-144/86) [1987] *ECR*. p. 4861.

cédure antérieurement diligentée sur le fondement de l'un des chefs de compétence obligatoire.

Paragraphe 5

263 Le paragraphe 5 donne une définition du moment auquel un tribunal est réputé saisi. L'absence d'une telle définition dans le texte d'origine de l'article 21 de la Convention de Bruxelles a conduit à renvoyer cette question au droit national de chaque tribunal saisi[134]. Malheureusement, même au sein de l'Union européenne, ces droits diffèrent: certains considèrent qu'un tribunal est saisi uniquement lorsque l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur ou au moins après que certains actes nécessaires à la notification ont été réalisés; d'autres considèrent qu'un tribunal est saisi aussitôt que la demande est enregistrée au rôle ou, lorsque la notification est antérieure à l'inscription au rôle, aussitôt que l'acte introductif d'instance a été remis à la personne ou à l'autorité chargée de la signification[135]. La première solution favorise le défendeur à la première procédure, qui peut arriver à lancer préventivement une autre procédure aussitôt qu'il est informé de l'enregistrement de la demande. La seconde solution favorise le demandeur à la première procédure, qui peut ainsi prendre par surprise le défendeur.

264 La Commission spéciale a décidé de se prononcer en faveur de la seconde solution: un tribunal est réputé saisi lorsque l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès du tribunal ou, si l'acte doit être signifié ou notifié avant d'être déposé au tribunal, lorsqu'un tel acte est, soit reçu par l'autorité chargée de la signification ou de la notification (comme un «huissier» ou un «*court bailiff*»), soit signifié ou notifié au défendeur.

265 La disposition relative au «temps universel» comme instrument déterminant d'évaluation de la priorité reste entre crochets et doit faire l'objet d'une décision lors de la Session diplomatique. Il s'agit d'un système de mesure du temps fondé sur le méridien de Greenwich, calculé à partir de 0 heure, ce qui est l'équivalent de minuit GMT.

Paragraphe 6

266 Le paragraphe 6 aborde le problème de l'action déclaratoire, par laquelle une partie vise à faire déclarer qu'elle n'a pas d'obligation à l'égard de l'autre partie au litige. Bien qu'un tel type de procédure existe à la fois dans les pays de tradition romano-germanique et dans les pays de *common law* et serve parfois des intérêts tout à fait légitimes, il n'en demeure pas moins qu'il est établi que ce type de procédure a parfois été utilisé par des défendeurs éventuels dans le but d'empêcher le demandeur éventuel de choisir le tribunal. Du fait de la rédaction du paragraphe 1, une procédure de ce type intentée en premier prévaudrait sur une action postérieure diligentée devant le tribunal d'un autre État contractant et visant à obtenir une condamnation au fond[136]. La Commission spéciale a souhaité éviter une telle conséquence.

267 Au cas où la première action est une action déclaratoire et l'action subséquente une action visant à obtenir réparation au fond, la solution imposée par les paragraphes 1 à 5 est renversée. Il revient au tribunal premier saisi de suspendre sa procédure à la demande d'une partie, s'il est à prévoir que le tribunal second saisi rendra une décision susceptible d'être reconnue en application du chapitre III de la Convention. Si aucune demande de suspension de la procédure n'est présentée devant le tribunal premier saisi, ou si le tribunal second saisi est compétent sur le fondement de son droit national, dans la mesure autorisée par l'article 17, les deux procédures peuvent continuer, dans la mesure où l'obligation pesant sur le tribunal second saisi de se dessaisir a été écartée par la lettre *a)*.

Paragraphe 7

268 Le paragraphe 7 dispose que le tribunal premier saisi peut, à la demande d'une partie, décliner sa compétence en faveur du tribunal second saisi, s'il détermine que ce dernier est clairement plus approprié pour statuer sur le litige. Bien que le paragraphe commence par les termes «cet article ne s'applique pas», c'est bien en application de ce paragraphe et non de l'article 22 que la compétence peut être déclinée dans cette situation. À cette fin, les derniers mots du paragraphe 7 renvoient aux conditions pertinentes de l'article 22, en particulier aux paragraphes 2 et 3 de l'article 22. Il y a toutefois une omission qui n'a peut-être pas été volontaire. L'article 22 ne contient pas de disposition analogue à celle de l'article 21(3) traitant de l'hypothèse où le demandeur n'a pas entrepris les démarches nécessaires pour obtenir une décision au fond ou si ce tribunal ne rend pas de décision dans un délai raisonnable. Le paragraphe 7 exclut l'application de tous les paragraphes de l'article 21, à l'exception du paragraphe 7 lui-même.

269 Il y a, toutefois, quelques différences entre le champ d'application de l'article 21(7) et celui de l'article 22. En premier lieu, le tribunal premier saisi peut seulement décliner sa compétence en faveur du tribunal second saisi et non en faveur d'un tribunal tiers, même si ce tribunal aurait été encore plus approprié. En second lieu, dans la mesure où une situation de litispendance ne peut se présenter qu'entre les tribunaux de deux États contractants, le tribunal second saisi doit appartenir à un État contractant. En troisième lieu, dans la mesure où l'article 21 sur la litispendance ne s'applique pas si la compétence du tribunal premier saisi est fondée sur l'application de son droit national dans les conditions de l'article 17, le paragraphe 7 est inapplicable dans cette situation, même si le tribunal premier saisi peut, en application de son droit national, décider de décliner sa compétence. Toutefois, dans la mesure où l'article 21 s'applique à la situation inverse, un tribunal premier saisi dont la compétence est fondée sur l'un des chefs de compétence obligatoires peut décliner sa compétence en faveur d'un tribunal dont la compétence est fondée sur l'article 17.

Article 22 – Circonstances exceptionnelles pour refuser d'exercer la compétence

270 Dans plusieurs systèmes juridiques, le tribunal saisi est autorisé à décliner une compétence qu'il pourrait exercer. C'est ce qui est permis, dans les pays de *common law*, par la doctrine dite du *forum non conveniens*, qui ne recouvre toutefois pas la même réalité dans tous les pays[137]. Les pays de tradition romano-germanique, en général, ignorent le mécanisme du *forum non conveniens*. Mais il y a certaines situations dans lesquelles le tribunal d'un pays de tradition romano-germanique pourra, et parfois devra, décliner sa compétence du fait de la faiblesse du lien entre le différend et le tribunal saisi[138].

271 L'article 22 dispose que le tribunal d'un État contractant peut, dans des circonstances exceptionnelles, refuser d'exercer une compétence obligatoire. Toutefois, ce refus ne peut intervenir si la compétence du juge est fondée sur les articles 4, 7, 8 ou 12. Aucune mention n'est faite de la compétence fondée sur le droit national en application de l'article 17. Une

[134] Voir CJCE, *Zelger c. Salanitri*, *Rec.* 1984, p. 2397.
[135] Voir G. Møller, «The Date upon which a Finnish and a Swedish Court Becomes Seised for the Purposes of the European Judgments Convention», dans *E Pluribus Unum: Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, La Haye, Nijhoff, 1996, p. 219 à 233.
[136] Voir CJCE, *The Tatry*, *Rec.* 1994, p. I-5431.

[137] Voir J.J. Fawcett, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Oxford University Press, 1995, p. 14 à 16.
[138] Pour une vue d'ensemble, voir J.J. Fawcett (*ibid.*), spécialement p. 24 à 27.

must give way to earlier proceedings based on a required jurisdiction.

Paragraph 5

263 Paragraph 5 provides a common definition of the moment when a court shall be deemed to be seised. The absence of such a provision in Article 21 of the Brussels Convention, as originally drafted, led to the matter being referred to the national law of each court seised.[134] Unfortunately, even within the European Union, those laws differ: some regard a court to be seised only after the defendant has been served or after the necessary steps have been taken to notify the defendant; others regard a court as seised of a matter as soon as the initiating document has been filed in the court registry, or, where notification is required before filing, as soon as the documents are delivered to the person or authority responsible for service.[135] The former test favours the defendant in the first action who may be able to take pre-emptive action as soon as it becomes aware of the filing of the writ. The second test favours the plaintiff in the first action who may be able to take the defendant by surprise.

264 The Special Commission has decided to adopt the second option: a court is to be regarded as seised once the initiating document is lodged with the court or, if it is required to be served before lodgment under the law applicable in that court, at the time when that document is received by the authority responsible for service (such as the "*huissier*" or "court bailiff") or when it is actually served on the defendant.

265 The provision referring to "universal time" as the ultimate measure of priority remains in brackets for decision by the Diplomatic Session. This is a system of time measurement based on Greenwich Mean Time but counted from 0 hour which is equivalent to midnight Greenwich Mean Time.

Paragraph 6

266 Paragraph 6 deals with the problem of the so-called "negative declaration" whereby a party to a dispute seeks a declaration that it has no obligation to the other party to the dispute. Although such a procedure is known to both the common law and the civil law and often serves a legitimate purpose, there is no doubt that the procedure has at times been used by a prospective defendant to pre-empt the choice of forum by a prospective plaintiff. As paragraph 1 is framed, a proceeding seeking a negative declaration if first instituted in time would prevail over a subsequent action commenced in another Contracting State seeking to enforce the substantive obligation.[136] The Special Commission wanted to avoid such an effect.

267 In the case of the first action being an action for a negative declaration and the action subsequent in time being one seeking substantive relief, the position provided for in paragraphs 1 to 5 is effectively reversed. It is the court first seised that must suspend the proceedings, if a party so requests, provided the court second seised is expected to render a decision capable of being recognised under Chapter III of the Convention. If no application to suspend proceedings is made to the court first seised or the court second seised is exercising jurisdiction under national law pursuant to Article 17, both actions can proceed since the obligation on the court second seised to suspend proceedings has been rendered inapplicable by sub-paragraph *a)*.

Paragraph 7

268 Paragraph 7 provides that the court first seised may, on the application of a party, decline jurisdiction in favour of the court second seised, if it determines that the latter court is clearly more appropriate to resolve the dispute. Although the paragraph starts with the words "This Article shall not apply", it is in fact by virtue of this paragraph and not by virtue of Article 22 that the jurisdiction is declined in such a case. For that purpose the concluding words of paragraph 7 import the conditions specified in Article 22, in so far as they are relevant, in particular paragraphs 2 and 3 of Article 22. There is, however, one omission which may not have been intended. Article 22 does not contain a provision similar to Article 21(3) dealing with the situation where the plaintiff fails to proceed in the transferee court or that court delays proceedings unreasonably. Paragraph 7 excludes the application of any paragraph of Article 21, except presumably itself.

269 There are, however, some differences between the scope of Article 21(7) and Article 22. In the first place, the court first seised can only decline in favour of the court second seised and not in favour of a third court, even though that court might be even more appropriate. Secondly, since a *lis pendens* can only arise between courts of Contracting States, the second court must be that of a Contracting State. Thirdly, since there is no *lis pendens* situation to which Article 21 applies, if the court first seised is exercising jurisdiction pursuant to Article 17, paragraph 7 is inapplicable, although it may be open to the court first seised to decline jurisdiction under its national law. However, since Article 21 does apply to the reverse situation, a court first seised exercising a required jurisdiction could decline jurisdiction in favour of a court exercising jurisdiction under Article 17.

Article 22 – Exceptional circumstances for declining jurisdiction

270 Under several legal systems it is possible for a court to decline a jurisdiction it might otherwise possess. This happens in common law countries under the doctrine of *forum non conveniens*, which term, however, does not have a uniform meaning in those countries.[137] Civil law systems, generally, do not know of the doctrine of *forum non conveniens*. But there are situations where a civil law court will, and sometimes must, decline jurisdiction by reason of an insufficient connection between the dispute and the forum.[138]

271 Article 22 provides that a court in a Contracting State may, in exceptional circumstances, decline required jurisdiction under Chapter II which it otherwise possesses. It cannot, however, decline jurisdiction if it arises under Articles 4, 7, 8 or 12. No mention is made of jurisdiction under national law which can be invoked under Article 17. On a literal interpre-

[134] See *Zelger v. Salanitri* [1984] *ECR*. p. 2397.
[135] See G. Møller, "The Date upon which a Finnish and a Swedish Court Becomes Seised for the Purposes of the European Judgments Convention", in *E Pluribus Unum: Liber Amicorum Georges A.L. Droz*, The Hague, Nijhoff, 1996, at pp. 219-233.
[136] See *The Tatry* [1994] *ECR*. p. I-5431.

[137] See J.J. Fawcett, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Oxford University Press, 1995, at pp. 14-16.
[138] For a general overview, see J.J. Fawcett (*ibid.*), especially at pp. 24-27.

interprétation littérale conduirait à penser que l'article 17, qui se réfère aux « règles de compétence prévues par le droit national », ne s'applique pas aux règles de droit national permettant de décliner la compétence. Selon cette interprétation, un tribunal exerçant sa compétence en application de l'article 17 ne pourrait refuser de l'exercer que dans les conditions posées par l'article 22. Toutefois, on pourrait au contraire estimer que la structure du chapitre II, dévoilée par l'article 21(4), montre que, à moins que les règles de compétence de l'article 17 ne soient spécifiquement mentionnées, elles restent en dehors des dispositions des articles 21 et 22. Cette question devra être clarifiée lors de la Session diplomatique.

272 Les dispositions de l'article 22 ne doivent toutefois pas être confondues avec la doctrine du *forum non conveniens*, telle qu'elle est utilisée dans les pays de *common law*. L'article 22 est une disposition par laquelle le for peut refuser d'exercer sa compétence, en lui préférant celle du tribunal d'un autre État, mais, à une exception près, seulement si cet autre tribunal se reconnaît effectivement compétent. Il faut aussi remarquer que l'article 22 s'applique à tous les États contractants. Des propositions antérieures visant à rendre optionnelle la disposition sur le refus d'exercer sa propre compétence n'ont pas été acceptées par la Commission spéciale.

273 Toutefois, la Commission spéciale a accepté une proposition permettant à un juge de refuser d'exercer sa compétence en faveur du tribunal d'un État non contractant, dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un État contractant.

Paragraphe 1

274 Ce paragraphe commence par affirmer que le pouvoir de décliner la compétence ne peut être exercé que dans des circonstances exceptionnelles. La règle de principe est en effet que le demandeur a le droit d'être entendu par le tribunal qu'il a lui-même choisi et dont la compétence est obligatoire en application du chapitre II de la Convention. Avant de pouvoir déroger à cette règle de principe, plusieurs conditions doivent être remplies.

275 En premier lieu, la compétence du tribunal ne peut pas être fondée sur certains chefs de compétence. Si, en application de l'article 4, le tribunal a été choisi comme le tribunal exclusivement compétent par le biais d'une clause attributive de juridiction, il ne peut pas refuser d'exercer sa compétence, comme il le peut actuellement en application du droit de certains États[139]. Un tribunal saisi sur le fondement des chefs de compétence de protection des articles 7 et 8 ne peut pas non plus refuser d'exercer sa compétence. Enfin, les compétences exclusives de l'article 12, du fait des intérêts publics qu'elles protègent, ne peuvent pas être déclinées. Bien que l'article 5 ne soit pas spécifiquement mentionné, pour des raisons pratiques, un tribunal qui est compétent en vertu de l'article 5, du fait de la comparution du défendeur qui n'a pas contesté la compétence, doit lui aussi accepter sa compétence dans la mesure où, par définition, au moment où le tribunal devient compétent en application de l'article 5, le délai pour demander au tribunal de décliner sa compétence est écoulé. Aucune référence n'est faite à la compétence exclusive de l'article 11(1) en matière de trusts. Il est donc possible pour le tribunal désigné de refuser d'exercer sa compétence au profit des tribunaux de l'État dans lequel le trust est administré.

276 En second lieu, il revient aux parties à la procédure, c'est-à-dire presque toujours au défendeur, de demander au tribunal saisi de décliner sa compétence. Le tribunal ne peut pas décider d'office de décliner sa propre compétence. La demande doit être faite dans un certain délai : elle ne peut être présentée après la première défense au fond. Sur le sens de cette expression, voir ci-dessus, la discussion menée à propos de l'article 5, paragraphe 2.

277 En troisième lieu, le tribunal doit être convaincu que, dans les circonstances de la cause :

(1) il est clairement inapproprié pour ce tribunal d'exercer sa compétence ;

(2) le tribunal d'un autre État est compétent ; et

(3) ce tribunal est clairement plus approprié pour statuer sur le litige.

278 Chacune de ces trois conditions doit être remplie. La Convention ne traite pas de la question de la charge de la preuve de ces conditions, mais il serait logique qu'il revienne à la partie demandant au tribunal de décliner sa compétence de justifier les raisons d'une telle solution. Les trois conditions doivent aussi être étudiées séparément. Ainsi, le fait qu'un autre for est peut-être « clairement plus approprié » n'implique pas nécessairement que le tribunal saisi est « clairement inapproprié ». On peut prendre comme exemple l'hypothèse d'un demandeur qui veut poursuivre une personne morale au lieu de son administration centrale en raison de dommages subis alors qu'il était employé par cette personne morale dans un autre pays, dans lequel il était résident et où il a été embauché. Il se peut que les tribunaux de ce second État soient « clairement plus appropriés », mais, si la plupart des décisions importantes, y compris celles concernant la sécurité des employés lors de l'exécution de leurs obligations, étaient prises au lieu de l'administration centrale, il ne peut être soutenu que les tribunaux de ce lieu sont « clairement inappropriés »[140]. D'un autre côté, si le seul lien de rattachement avec le tribunal saisi est le fait que la société a été enregistrée dans cet État, alors que le lieu d'administration centrale ainsi que la résidence des demandeurs et l'objet du litige sont tous fortement liés à un autre pays, il peut être soutenu que le juge saisi est clairement inapproprié et que l'autre juge serait clairement plus approprié[141]. Tout dépendra, dans chaque cas, des circonstances de l'espèce. Enfin, les termes « peut » et « *may* » indiquent que le pouvoir est discrétionnaire. Même si toutes les conditions sont remplies, le tribunal premier saisi n'est pas obligé de refuser d'exercer sa compétence.

279 Le tribunal saisi doit aussi être convaincu que le tribunal d'un autre État est effectivement compétent. Cette compétence doit exister non seulement à l'égard des parties, mais aussi relativement à l'objet du litige. Ainsi, il ne pourrait être soutenu que l'autre tribunal est compétent si la requête exercée par le demandeur n'est pas connue du droit local et ne peut pas donner lieu à réparation. Dans la mesure où il n'est pas nécessaire que l'autre État soit un État contractant, il s'ensuit, *a fortiori*, que l'autre tribunal peut appartenir à un État contractant et être compétent en application de son droit national en vertu de l'article 17. Cette interprétation est renforcée par la seconde phrase de l'article 22(4), qui exige que le défendeur dépose une caution si la compétence de l'autre tribunal est fondée sur l'article 17. Toutefois, ainsi que l'indique l'article 22(2) *d)*, la question de la possibilité d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de toute décision au fond constitue un facteur de choix important. Pour cette raison il est souhaitable que le for alternatif soit un for obligatoire en vertu du chapitre II, à moins qu'une caution adéquate puisse être obtenue sur le fondement de l'article 22(4). Bien évidemment, il est possible au défendeur de conférer volontairement compétence au for alternatif, ou bien par le biais de l'article 4, ou bien par celui de l'article 5. Cette

[139] *Ibid.*, p. 57 et 58.

[140] L'exemple est tiré de la décision britannique : *Connelly c. RTZ Corp. Plc* [1997] 3 *WLR* 373.

[141] L'exemple est tiré de la décision britannique : *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd* [1992] ch. 72.

tation, Article 17, by referring to "rules of jurisdiction under national law", does not include rules for declining jurisdiction under national law. On that approach a court exercising jurisdiction under Article 17 can only decline that jurisdiction if the conditions laid down in Article 22 apply. However, it could be argued to the contrary that the scheme of Chapter II, as indicated by Article 21(4), indicates that, unless national jurisdiction under Article 17 is specifically included, it stands outside the provisions of Articles 21 and 22. This point will require clarification at the Diplomatic Session.

272 The provisions of Article 22 must not be confused, however, with the doctrine of *forum non conveniens* as it has operated in common law countries. Article 22 is a provision whereby the forum may defer its jurisdiction in favour of that of a court of another State, but, with one exception, only if that other court actually assumes jurisdiction. It must also be noted that Article 22 applies to all Contracting States. Earlier proposals whereby acceptance of the provision for declining jurisdiction would be optional were not accepted by the Special Commission.

273 However, the Special Commission accepted the proposition that jurisdiction can be declined in favour of a court of a non-Contracting State under the same conditions as apply to a Contracting State.

Paragraph 1

274 The paragraph commences by making it clear that the power to decline jurisdiction can only be exercised in exceptional circumstances. The normal rule is that the plaintiff is entitled to be heard in the forum which the plaintiff has selected and which has required jurisdiction under Chapter II of the Convention. Before that basic rule can be departed from a number of conditions must be satisfied.

275 Firstly, the jurisdiction of the court must not be based on certain grounds. If the forum has been selected as the exclusive forum under a valid choice of jurisdiction clause pursuant to Article 4, it cannot decline to accept that jurisdiction as is currently possible under the laws of certain States.[139] Nor can a court which is asked to exercise jurisdiction by a plaintiff under the protective provisions of Articles 7 or 8 decline to do so. Finally, the exclusive jurisdictions under Article 12, by reason of the issues of public interest they seek to protect, cannot be declined. Although Article 5 is not specifically referred to, as a practical matter, a court which has jurisdiction by virtue of Article 5 based on the appearance of the defendant without contesting the jurisdiction must also accept that jurisdiction since by definition by the time the court gains jurisdiction under Article 5, the time for making a request to decline jurisdiction will have passed. No mention is made of the exclusive jurisdiction under Article 11(1) in relation to trusts and it may be possible for the selected court to decline jurisdiction in favour of a court of the State where the trusts are administered.

276 Secondly, the application that the court seised decline jurisdiction must be made by a party to the proceedings, almost always the defendant. The court cannot decline to exercise its jurisdiction on its own motion. The application must be made in a timely manner: not later than the time of the first defence on the merits. As to what is meant by that term, see the discussion in relation to Article 5, paragraph 2.

277 Thirdly the court must be satisfied that in the circumstances of that particular case:

(1) it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction;

(2) a court of another State has jurisdiction; and

(3) that court is clearly more appropriate to resolve the dispute.

278 Each of these three conditions must be fulfilled. The Convention does not address the question of onus, but it would be logical for the party requesting that the court decline jurisdiction to bring forward the facts and reasons for such a decision. The three conditions must also be looked at separately. Thus, the fact that another forum may be "clearly more appropriate" does not necessarily mean that the forum seised is itself "clearly inappropriate". For example, a plaintiff may bring suit against a corporate defendant at its principal place of business in respect of injuries the plaintiff received while employed by that corporation in another country where the plaintiff was resident and was hired. It may be that the second country is the "clearly more appropriate" forum, but, if the major decisions, including those affecting safety of employees throughout its operations, were made at the principal place of business, it cannot be said that this place is a "clearly inappropriate" forum.[140] On the other hand, if the only connection with the forum seised is the incorporation of the company within the jurisdiction, but the principal place of business as well as the residence of the plaintiffs and the subject matter of the dispute are all more closely connected with another country, it could be said that the forum seised is clearly inappropriate and the other forum clearly more appropriate.[141] In each case it will depend on the facts and circumstances of the case. Finally, as the words "may" and "*peut*" indicate, the power is discretionary. Even if the conditions are satisfied, the court originally seised is not obliged to decline jurisdiction.

279 The court seised must also be satisfied that a court of another State has jurisdiction. That jurisdiction must exist not only as regards the parties but also with respect to the subject matter of the dispute. It cannot be said that the alternative court has jurisdiction if the claim raised by the plaintiff is unknown to its law and it cannot grant relief in respect of it. Since the other State need not be a Contracting State, it follows, *a fortiori*, that the other court may be a court of another Contracting State having jurisdiction by reference to its national law pursuant to Article 17. This conclusion is reinforced by the second sentence in Article 22(4) which requires the defendant to lodge security if the alternative court's jurisdiction arises from Article 17. However, as indicated by Article 22(2) *d)*, the question of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits is an important factor. This makes it at least desirable that the alternative court have required jurisdiction under Chapter II, unless adequate security can be obtained under Article 22(4). It is, of course, open to a defendant voluntarily to confer jurisdiction on the alternative forum either through Article 4 or through Article 5. That alternative jurisdiction must not

[139] *Ibid.*, at pp. 57-58.

[140] The example is based on the facts of the United Kingdom case of *Connelly v. RTZ Corp. Plc* [1997] 3 *WLR* 373.

[141] The example is based on the facts of the United Kingdom case of *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd* [1992] Ch. 72.

compétence alternative ne doit pas exister uniquement dans l'abstrait, mais, comme l'indique le paragraphe 5, le tribunal alternatif, s'il est saisi par le demandeur, doit effectivement avoir commencé à exercer sa compétence avant que le tribunal saisi au départ puisse décliner sa compétence. Jusqu'à cette date, le tribunal saisi originairement ne peut que surseoir à statuer.

Paragraphe 2

280 Ce paragraphe donne la liste des circonstances que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer si le for saisi est clairement inapproprié et si le for alternatif est clairement plus approprié. Comme l'indique le terme « notamment », la liste n'est pas exhaustive. D'autres facteurs peuvent être pris en considération, comme la loi qui sera applicable au fond du litige, la possibilité d'avoir recours à l'aide juridictionnelle ou l'étendue des réparations qui peuvent être accordées par chacun des tribunaux. La liste donnée ne doit pas non plus être lue hiérarchiquement. L'importance de chacun des facteurs dépend des circonstances de la cause. Aucun des facteurs ne peut être considéré comme déterminant à lui seul. Bien qu'un tribunal puisse hésiter à refuser d'exercer sa compétence, en faveur d'un tribunal dont le jugement au fond risque de ne pas pouvoir être reconnu, d'autres facteurs peuvent venir contrebalancer cette considération.

Lettre a)

281 Cette disposition attire l'attention du tribunal sur les inconvénients qui pourraient résulter pour les parties de sa décision. Il ne s'agit pas uniquement d'une question de distance à parcourir; l'inconvénient subi par une partie peut aussi résulter de l'absence de familiarité avec le système juridique ou avec la procédure, de la difficulté d'accéder aux services d'un avocat ou de la langue utilisée par l'autre tribunal.

Lettre b)

282 Cette disposition attire l'attention du tribunal sur la nature et le lieu de situation des moyens de preuve, y compris les documents et les témoins, ainsi que les procédures pour leur obtention. Quant à ces dernières, on peut relever d'importantes différences entre les systèmes juridiques quant à l'obtention des preuves. Fréquemment, un demandeur saisit un tribunal particulier précisément pour cette raison.

Lettre c)

283 Cette disposition attire l'attention du tribunal sur les délais de prescription applicables. Dans la plupart des pays de *common law*, les délais de prescription appartiennent à la catégorie « procédure » et sont donc régis par la loi du for[142]. Il a été affirmé par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique qu'un demandeur est en droit de rechercher le tribunal appartenant à l'ordre juridique connaissant les plus longs délais de prescription[143]. Dans la plupart des pays de *common law*, le défendeur peut renoncer à un délai de prescription en acceptant de ne pas l'invoquer. Un tel accord peut aller à l'encontre des objectifs de cette disposition.

Lettre d)

284 Cette disposition attire l'attention du tribunal sur la possibilité d'obtenir la reconnaissance et l'exécution de toute décision au fond, rendue par lui-même ou par le for alternatif. Dans la plupart des cas, il s'agira de s'interroger sur la question de savoir si les décisions rendues par le for alternatif seront reconnues par le for initialement saisi et vice-versa. Il est clair que la question de savoir si les tribunaux concernés seront susceptibles d'exercer une compétence qui permettra d'obtenir reconnaissance et exécution de la décision en application du chapitre III de la Convention sera d'une importance particulière. Mais il se peut que dans certaines situations la reconnaissance ou l'exécution de la décision dans des États tiers soit prise en considération, par exemple dans un État tiers où sont localisés d'importants biens appartenant au défendeur, qui permettront de satisfaire la condamnation du jugement à intervenir[144]. Le tribunal peut, en ordonnant le dépôt d'une caution en application de l'article 22(4), résoudre les éventuels problèmes liés à la reconnaissance.

Paragraphe 3

285 Ce paragraphe interdit toute discrimination lorsque le tribunal décide de ne pas exercer sa compétence, soit en favorisant la partie résidant sur le territoire du for soit en accordant moins de poids à une partie en raison de sa nationalité étrangère. Une décision qui porterait moins d'attention à la saisine d'un tribunal par un demandeur étranger sur le seul fondement de sa nationalité étrangère serait interdite par cette disposition[145]. La question de savoir si le demandeur est habituellement résident ou a son siège dans un autre État contractant ou dans un État non contractant n'est pas pertinente. Cette disposition vise à renforcer la règle de principe selon laquelle le demandeur doit pouvoir saisir le tribunal compétent en vertu des règles de la Convention. Il n'y a aucune incompatibilité entre cette disposition et l'éventuel inconvénient lié à la résidence dont le juge doit tenir compte en application de l'article 22(2) *a)*. Le paragraphe 3 interdit toute discrimination à l'encontre d'une partie sous le prétexte qu'elle réside à l'étranger. La lettre *a)* du paragraphe 2 demande qu'une certaine attention soit portée aux éventuels inconvénients qui peuvent être subis par une partie du fait de sa résidence. Pour autant que tous les inconvénients sont pris en considération et qu'une partie n'est pas favorisée du simple fait qu'elle réside sur le territoire du for, aucun problème de discrimination ne peut être soulevé.

Paragraphe 4

286 Ce paragraphe permet au tribunal originellement saisi d'ordonner au défendeur de verser une caution suffisante pour satisfaire à toute décision au fond de l'autre tribunal. Lorsque le for alternatif est le tribunal d'un autre État contractant, compétent sur le fondement de l'un des chefs de compétence obligatoire du chapitre II, la disposition est simplement discrétionnaire; le tribunal originellement saisi n'a aucune obligation d'ordonner le versement d'une telle caution. Comme on l'a déjà remarqué, une telle décision peut être particulièrement justifiée lorsqu'il n'est pas certain que la décision à intervenir par l'autre tribunal soit susceptible de reconnaissance et d'exécution, ou que le défendeur utilise le délai, dû à la suspension de procédure et à la mise en place d'une nouvelle procédure, pour dilapider ses biens.

287 Lorsque la compétence de l'autre tribunal est fondée sur l'article 17, le tribunal saisi de la demande originaire doit ordonner le versement d'une caution s'il décide de suspendre la procédure en application du paragraphe 1, à moins que le défendeur n'établisse que des biens suffisants sont localisés dans l'État dans lequel se trouve l'autre tribunal ou dans

[142] Voir toutefois *Foreign Limitation Periods Act* 1984 (UK).
[143] *Keeton c. Hustler Magazine Inc.* 465 US 770 (1984).

[144] Voir par exemple la décision australienne *Henry c. Henry* (1996) 185 *CLR* 571, qui portait sur un litige concernant une propriété familiale et où les fors alternatifs étaient l'Australie et Monaco, mais où la plupart des biens étaient situés en Suisse.
[145] Comp. par contraste *Piper Aircraft Co. c. Reyno* 454 US 235 (1981).

only be available in the abstract sense, but, as paragraph 5 indicates, the alternative court, if approached by the plaintiff, must actually commence to exercise jurisdiction before the original court seised can decline jurisdiction. Until then, the original court seised can only suspend the exercise of jurisdiction.

Paragraph 2

280 This paragraph sets out the matters which the court shall take into account in determining whether the forum seised is clearly inappropriate and the alternative forum clearly more appropriate. The list is not exhaustive, as indicated by the words "in particular". Other factors, such as: the substantive law to be applied in resolving the dispute, the availability of legal aid or the extent of the relief which may be granted in each forum, may also be relevant. Nor should the list be read as indicating a hierarchy: which factor is the more important will depend on the circumstances of the case. None of the factors can be regarded as conclusive: although a court may hesitate to decline jurisdiction in favour of a court whose judgment on the merits is unlikely to be recognised, other factors may outweigh this consideration.

Sub-paragraph a)

281 This directs the court's attention to the relative inconvenience of the parties. This refers not merely to the distance to be travelled, but also to the inconvenience a party may suffer because of lack of familiarity with the law, procedure, access to lawyers and the language of the other forum.

Sub-paragraph b)

282 This directs the court's attention to the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedure for obtaining such evidence. As regards the latter, there are notable differences under various legal systems about the collection of evidence. Frequently a plaintiff seeks out a particular forum for that reason.

Sub-paragraph c)

283 This directs the court's attention to the applicable limitation periods. In most common law countries limitation periods are characterised as procedural and hence governed by the law of the forum.[142] It has been said by the Supreme Court of the United States of America that a plaintiff is entitled to seek out the forum with the longest limitation period.[143] In most common law countries it is possible for a defendant to waive the benefit of a limitation period by agreeing not to plead it. Such an agreement may counteract consideration set out in sub-paragraph *c)*.

Sub-paragraph d)

284 This factor directs the court's attention to the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits given either by itself or by the alternative forum. In most cases this will involve an inquiry whether the forum will recognise any decision given by the alternative forum and vice versa. Clearly, the question of whether the relevant courts will be able to exercise a jurisdiction which will be entitled to recognition and enforcement under Chapter III of the Convention will be most relevant. But there may be cases where the likelihood of recognition or enforcement in third States may have to be considered, for instance, a third State where the defendant has substantial assets out of which the judgment can be recovered.[144] The court may by making an order for security under Article 22(4) overcome possible problems of recognition.

Paragraph 3

285 This paragraph prohibits discrimination in making the decision to suspend the proceedings either on the basis of favouring a locally resident party or on the basis of giving less weight to the position of a party because it is foreign. A decision which gives less deference to the choice of forum by a foreign plaintiff solely because that plaintiff is foreign, is prohibited by this provision.[145] It makes no difference whether the plaintiff is habitually resident or has its seat in another Contracting State or in a non-Contracting State. This provision reinforces the basic rule that the plaintiff is entitled to choose a forum provided by the Convention. There is no conflict between this provision and the factor of inconvenience based on residence to be taken into account under Article 22(2) *a)*. Paragraph 3 prohibits discrimination against a party because that party is resident abroad. Sub-paragraph *a)* of paragraph 2 raises for consideration any inconvenience which may result to a party because of its residence. As long as those inconveniences are properly balanced and one party is not preferred merely because that party resides within the forum in question, no issue of discrimination arises.

Paragraph 4

286 This paragraph allows the court originally seised to order the defendant to lodge security sufficient to satisfy any decision on the merits which may be made by the alternative forum. Where the alternative court is a court of a Contracting State exercising required jurisdiction under Chapter II, the provision is discretionary; there is no obligation on the original court to make such an order. As remarked before, such an order may be appropriate where doubts exist as to the recognition and enforcement of any judgment to be made by the alternative court or there are fears that the defendant may use the delay caused by the suspension of proceedings pending the institution of fresh proceedings to dissipate its assets.

287 Where the jurisdiction of the alternative court arises under Article 17 the court is obliged to make an order for security if it decides to suspend proceedings under paragraph 1, unless the defendant establishes that sufficient assets exist in the

[142] But see *Foreign Limitation Periods Act* 1984 (UK).
[143] *Keeton v. Hustler Magazine Inc.* 465 US 770 (1984).

[144] See, for instance, the Australian case of *Henry v. Henry* (1996) 185 *CLR* 571, a family property dispute where the alternative fora were Australia and Monaco, but most of the assets were in Switzerland.
[145] Contrast: *Piper Aircraft Co. v. Reyno* 454 US 235 (1981).

un autre État dans lequel la décision rendue par ce tribunal est susceptible d'être reconnue. Cette dernière disposition conduit à certaines interrogations.

288 En premier lieu, aucune disposition ne concerne l'hypothèse où l'autre tribunal est situé dans un État non contractant. La compétence fondée sur l'article 17 ne concerne que les États contractants. À première vue, au cas où l'autre tribunal est situé sur le territoire d'un État non contractant, le pouvoir d'ordonner le versement d'une caution est discrétionnaire, ce qui ne semble guère logique.

289 En deuxième lieu, l'existence de biens suffisamment importants situés sur le territoire de l'État de l'autre tribunal au moment de la suspension de la procédure ne constitue pas une garantie que ces biens seront toujours là lorsque le jugement sera rendu. À première vue, même s'il est démontré que ces biens existent réellement, le tribunal saisi de la demande originaire peut toujours ordonner le versement d'une caution; seule l'obligation de prononcer une telle décision disparaît.

290 Enfin, la question de l'exécution dans un autre État, qui peut être tant un État contractant qu'un État non contractant, dépendra du droit national de cet État tiers et non des règles de la Convention. Ceci peut être difficile à établir.

Paragraphe 5

291 Comme on l'a déjà remarqué, le tribunal saisi de la demande originaire ne peut pas se dessaisir, à moins que l'autre tribunal ne commence effectivement à exercer sa compétence envers les parties et sur le fond du litige. La seule exception est mise en œuvre lorsque le demandeur n'entame pas la procédure dans l'autre État, dans le délai déterminé par le tribunal saisi de la demande originaire. Dans ce cas seulement, et dans le but de sanctionner les manœuvres du demandeur, le tribunal saisi de la demande originaire peut se dessaisir sans que la procédure dans l'autre État ait effectivement débuté.

292 Il appartient au demandeur d'intenter l'action devant l'autre tribunal. La Convention n'impose aucune obligation de communication mutuelle entre les tribunaux, même si, lorsque le droit national ou la pratique l'autorise, rien n'interdit non plus une telle communication. Le seul dépôt d'un acte introductif d'instance n'est pas suffisant; le tribunal saisi de la demande originaire doit pouvoir déterminer si l'autre tribunal a ou non décidé d'exercer sa compétence, avant qu'il puisse se dessaisir de la procédure dont il est saisi.

293 Si l'autre tribunal décide de ne pas exercer sa compétence, le tribunal saisi de la demande originaire est obligé de mettre fin au sursis à statuer et doit de nouveau se saisir du litige. Le terme «renonce» implique une décision consciente. Si l'autre tribunal simplement néglige de mettre en œuvre la procédure, et qu'une longue période d'inaction s'ensuit, on peut en inférer que l'autre tribunal a renoncé à exercer sa compétence.

CHAPITRE III – RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION

Article 23 – Définition du terme «jugement»

294 L'article 23, lu en même temps que les dispositions du chapitre I, définit le champ d'application du chapitre III. Il s'applique à toutes les décisions rendues par un tribunal d'un État contractant, quelle que soit la dénomination qui lui est donnée dans le système juridique ou dans la pratique de l'État d'origine. Plusieurs conséquences en découlent.

Lettre a)

295 En premier lieu, le chapitre III s'applique à des décisions de toute sorte: injonctions de payer[146]; injonctions de transférer la propriété d'un bien ou de livrer ce bien; décisions portant sur la conduite des parties ou décisions fixant les droits et obligations des parties, y compris les décisions déclaratoires. La décision peut être gracieuse ou contentieuse. Elle peut avoir été rendue après une procédure contradictoire ou par défaut. Toutefois, les décisions doivent porter sur des questions qui entrent dans le champ d'application de la Convention, tel que défini dans l'article premier. Ainsi, les décisions de divorce ou les sentences arbitrales sont exclues. Du fait de la disposition spécifique contenue dans la lettre *b)*, les mesures provisoires et conservatoires doivent être exclues de la définition de la lettre *a)*. D'autres décisions avant-dire-droit de nature procédurale, comme des décisions relatives à la recherche ou à l'admissibilité de preuves[147] sont aussi exclues de la définition du terme «jugement». La reconnaissance des transactions homologuées par un tribunal n'ayant pas l'effet d'une décision judiciaire font l'objet d'un traitement séparé dans l'article 36.

296 En second lieu, la décision doit avoir été rendue par un tribunal. Celui-ci peut être défini comme une autorité exerçant habituellement une activité juridictionnelle[148]. Cette définition exclut les organes de nature administrative ou de toute autre nature non juridictionnelle, qui peuvent avoir le pouvoir de prendre des décisions qui lient les parties qu'elles visent et peuvent parfois, en application de la loi de certains pays, être exécutées comme des jugements. Toutefois, il n'existe aucune restriction relative au type ou au degré hiérarchique du tribunal en cause. La définition inclut par conséquent la décision prise par un tribunal pénal accordant des dommages et intérêts du fait de l'action civile exercée par la victime ou par ceux agissant en son nom. Il n'est pas nécessaire que la décision soit rendue par un juge. À partir du moment où la personne qui prend la décision en a le pouvoir, au nom du tribunal, il importe peu qu'il ou elle soit un juge ou un greffier.

297 Une disposition spécifique concerne la fixation des frais du procès. Les termes «ainsi que la fixation par le greffier du montant des frais du procès» concernent la situation où, du fait de l'organisation judiciaire, il revient à un greffier de déterminer à la fois le principe du paiement des frais de justice et leur montant. Cette décision peut être séparée de la décision portant sur le fond du litige principal[149]. Ces termes servent à étendre, et non à réduire. Ils n'empêchent pas la reconnaissance de décisions portant sur les frais du procès rendues par le tribunal lui-même, ou celle d'autres décisions rendues par des officiers judiciaires, à condition que ces décisions aient le statut de décisions rendues par le tribunal[150]. Une limite a été prévue pour restreindre la reconnaissance des décisions portant sur les frais du procès à celles liées aux jugements susceptibles d'être reconnus ou exécutés en application de la Convention. Malgré certaines hésitations exprimées par la Commission spéciale, un jugement qui déboute simplement le demandeur de sa demande est bien un jugement, susceptible de reconnaissance (mais non d'exécution) en application de la Convention.

[146] Une proposition visant à distinguer l'exécution des jugements portant sur une somme d'argent et l'exécution des autres jugements a été rejetée à une forte majorité par la Commission spéciale.
[147] Voir la Convention Obtention des preuves.
[148] Cette définition a été reprise du Rapport explicatif de C.N. Fragistas sur la Convention Exécution de 1971 (*op. cit.* note 5), art. 2, p. 365.
[149] En fonction de la rédaction qui sera retenue de l'art. 37 (Rapport avec d'autres Conventions), il est possible qu'entre les États parties à la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice*, les dispositions contenues dans les art. 15, 16 et 17 de cette Convention soient invoquées comme méthode alternative permettant de faire exécuter les décisions relatives aux frais du procès.
[150] Voir C.N. Fragistas (*ibid.*), p. 366.

State of the other court or in another State where the court's decision could be enforced. This latter provision raises some questions.

288 In the first place, no provision is made for the case of the alternative court being in a non-Contracting State. Jurisdiction under Article 17 can only arise in a Contracting State. Presumably, in the case of a non-Contracting State the power to order security is discretionary which does not seem logical.

289 Secondly, the existence of sufficient assets in the State of the other court at the time of the suspension of proceedings is hardly a guarantee that they will still be there when judgment is given. Presumably, even if such assets are shown to exist the original court will still have a discretion to order security; only the obligation to do so has gone.

290 Finally, the question of enforceability in another State which could be either a Contracting or non-Contracting State, will depend on the national law of that third State and not on the Convention. Such a possibility may be hard to assess.

Paragraph 5

291 As remarked earlier, the court originally seised cannot decline jurisdiction unless and until the alternative forum actually commences to exercise jurisdiction with respect to the parties and the substance of the claim. The only exception exists in the case where the plaintiff neglects to bring the proceedings afresh in the alternative forum within the time specified by the original court. Only in that case, by way of sanction against possible sabotage by the plaintiff, can the original court dismiss the proceedings without the proceedings in the alternative forum having commenced.

292 It is for the plaintiff to take action in the other court. There is no obligation under the Convention for the courts themselves to communicate with each other, although, if national law or practice permits this, it is not precluded either. Filing a document instituting proceedings would not be sufficient; the original court must be in a position to determine whether or not the other court has decided to exercise jurisdiction, before it can dismiss the proceedings before it.

293 If the other court decides not to exercise jurisdiction, the original court is under an obligation to terminate the suspension and proceed to adjudicate the case. The word "decides" implies a conscious decision. If the other court simply fails to take action or to proceed, a decision not to exercise jurisdiction may presumably be inferred from a long period of inaction.

CHAPTER III – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 23 – Definition of "judgment"

294 Article 23 defines the scope of Chapter III when read together with the provisions of Chapter I. It applies to any decision given by a court of a Contracting State whatever that decision may be called according to the law and practice of the State of origin. A number of consequences flow from this.

Sub-paragraph a)

295 In the first place Chapter III applies to decisions of any kind, such as orders for the payment of money,[146] orders for the transfer and delivery of property, orders which seek to regulate the conduct of the parties and orders declaring the rights and liabilities of the parties, including the so-called "negative declaration". The decision may have been made in the exercise of contentious or non-contentious jurisdiction. The decision may have been given after contested proceedings or be a judgment given in default of the appearance of the defendant. However, the decisions must relate to a subject matter which falls within the scope of the Convention as set out in Article 1. Thus, divorce decrees and arbitral awards are not included. In view of the special provision made in sub-paragraph *b)*, provisional and protective measures must be excluded from the definition in sub-paragraph *a)*. Other interlocutory decisions of a procedural nature, such as decisions as to the collection and admission of evidence,[147] are also by implication excluded from the scope of "decision". The recognition of settlements which are approved by a court but do not have the effect of an order of the court are dealt with in Article 36.

296 Secondly, the decision must have been given by a court. This can be described as an authority which regularly exercises judicial functions.[148] This excludes bodies of an administrative or other non-judicial nature which may have authority to make decisions which are binding upon the parties and may, under the law of some States, be enforced as if they were judgments. However, there is no restriction as to the type or level of court. It includes therefore a decision by a court of criminal jurisdiction granting compensation on a civil claim made by the victim or those acting on behalf of the victim of the crime. It is not necessary that the decision be given by a judge. Provided the person making the decision has the authority to do so on behalf of the court, it matters not whether he or she is a judge or other officer of the court.

297 Specific provision is made in relation to decisions in respect of the costs and expenses of the litigation. The words "as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court" cover the situation where under the relevant court structure the determination of both the obligation to pay costs as well as their quantum is delegated to officers of that court. That decision can be made separately from the decision on the merits in the principal case.[149] Those words serve by way of expansion, not restriction. They do not preclude the recognition of costs awards made by the court itself, or of other decisions made by officers of the court provided those decisions have the status of a decision of the court.[150] The proviso has been added to restrict the enforcement of costs orders to those given in relation to judgments which may be recognised or enforced under the Convention. Despite hesitations expressed in the Special Commission, a judgment which merely dismisses a claim made by the plaintiff is still a judgment that can be recognised (albeit not enforced) under the Convention.

[146] A proposal that a distinction be drawn between the enforcement of money judgments and non-money judgments was rejected in the Special Commission by a large majority.
[147] See the Evidence Convention.
[148] This definition has been adopted from the Explanatory Report of C.N. Fragistas on the 1971 Enforcement Convention (*op. cit.* note 5), Art. 2, at p. 365.
[149] Depending on the ultimate content of Art. 37 (Relationships with other Conventions), there could be a possibility that as between States that are Parties to the *Hague Convention of 25 October 1980 on International Access to Justice*, the provisions of Arts 15, 16 and 17 of that Convention could be invoked as an alternative method of enforcement of costs orders.
[150] See C.N. Fragistas (*ibid.*), at p. 366.

298 En troisième lieu, la décision doit avoir été rendue par le tribunal d'un État contractant. Cette solution est dictée par l'article 2(2). Ceci veut dire tout d'abord que le tribunal doit être établi par un État contractant, ou sous ses auspices. Les tribunaux privés sont exclus du champ d'application du chapitre III. Sont aussi exclus les tribunaux des États non contractants: la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues par ces tribunaux dans un État contractant sont régies par son droit commun.

Lettre b)

299 Une disposition spécifique est adoptée dans la lettre *b)* concernant les mesures provisoires et conservatoires. Cette disposition est le reflet de la décision de la Commission spéciale d'autoriser la reconnaissance et l'exécution extraterritoriale en application de la Convention des mesures provisoires et conservatoires ordonnées par un tribunal compétent au fond en vertu de la Convention, tout en refusant la reconnaissance et l'exécution aux mesures ordonnées par un tribunal qui n'est pas compétent. Par conséquent, la lettre *b)* doit être lue non seulement en ce qu'elle inclut explicitement les mesures provisoires et conservatoires conformes à l'article 13(1), mais aussi en ce qu'elle exclut les mesures prises en application des paragraphes 2 et 3 de l'article 13, même si ce second paragraphe prévoit lui-même sa propre limitation territoriale. Par ailleurs, il faut se souvenir que les mesures provisoires et conservatoires, qui entrent dans la définition du terme «jugement» à l'article 23 *b)*, doivent aussi réunir les conditions posées dans les dispositions suivantes, notamment celles des articles 25(2) et 28(1) *c)* et *d)*, avant qu'elles ne puissent faire l'objet d'une décision de reconnaissance ou d'exécution.

Article 24 – Jugements exclus du chapitre III

300 Cette disposition vise à exclure l'application du chapitre concernant la reconnaissance et l'exécution aux jugements rendus par un tribunal dont la compétence n'était établie qu'en vertu de son droit commun. Il en ressort qu'aucune obligation de reconnaissance ou de non reconnaissance n'existe pour les États contractants aux termes de la Convention. Par conséquent, chaque État contractant demeure libre de reconnaître ou de ne pas reconnaître ces jugements, selon les dispositions de son propre droit commun. La Convention ne peut non plus être interprétée comme une autorisation conventionnelle nécessaire pour la reconnaissance ou l'exécution des jugements étrangers rendus sur la base d'une compétence établie seulement en vertu du droit commun lorsqu'un traité est requis à cet effet par le droit national de l'État requis.

301 Il y a lieu de remarquer que l'exclusion du chapitre III ne joue que lorsque la compétence de droit commun appliquée est conforme aux prescriptions de l'article 17 et correspond à la marge de liberté conférée par cet article aux États contractants. En particulier, cette compétence ne doit pas être contraire aux dispositions réservées par l'article 17, ou être interdite en vertu de l'article 18, lorsque le défendeur réside habituellement dans un État contractant. La violation de l'article 17 empêcherait le jugement d'être classé parmi ceux qui sont exclus du chapitre III, et conduirait à son inclusion. Cela impliquerait l'application de l'article 26 qui impose dans ce cas aux États contractants une obligation de non-reconnaissance et de non-exécution.

Article 25 – Jugements reconnus ou exécutés

Paragraphe 1

302 En vertu du chapitre III, un seul type de compétence permet la reconnaissance ou l'exécution en application de la Convention. Il s'agit des chefs de compétence ouverts par les articles 3 à 13 du chapitre II et des chefs de compétence dérivés des articles 14, 15 et 16. La compétence doit être spécifiquement fondée sur ces règles ou être compatible avec ces chefs de compétence, comme dans le cas d'un procès purement interne à l'origine, ayant lieu entre des parties qui sont toutes habituellement résidentes dans le même État, et dont le jugement est soumis à la reconnaissance dans un autre État contractant. Ces exigences seront toujours respectées si le défendeur réside habituellement sur le territoire de l'État dans lequel le jugement a été rendu, même si la compétence retenue l'a été sur un autre fondement. Un jugement, tel que défini à l'article 23, fondé sur une telle règle de compétence ou compatible avec ces règles de compétence, est susceptible d'être reconnu ou exécuté en application de l'article 25, à condition qu'il respecte les conditions posées par les paragraphes 2 et 3, portant respectivement sur la reconnaissance et l'exécution, et qu'il ne soit pas contraire aux articles 4, 5, 7, 8 ou 12. Il faudra par ailleurs tenir compte de la faculté de refuser la reconnaissance et l'exécution dans les conditions posées à l'article 28. Les jugements qui sont rendus sur le fondement d'une compétence prohibée de l'article 18 ne seront ni reconnus ni exécutés (art. 26); la reconnaissance et l'exécution des jugements rendus sur la base d'une compétence fondée sur le droit commun, en application de l'article 17 sont exclues du chapitre III par l'article 24.

303 La reconnaissance et l'exécution font l'objet de dispositions séparées, et sont respectivement abordées dans les paragraphes 2 et 3 de l'article 25. Leur fonction est différente. La reconnaissance est accordée à un jugement «lorsque lui est conféré le même effet que celui qui est le sien dans le pays dans lequel il a été rendu, quant aux parties, à la question litigieuse et aux solutions mises en œuvre»[151]. L'effet le plus visible apparaît lorsqu'un jugement étranger est invoqué pour empêcher une partie de recommencer une nouvelle action entre les mêmes plaideurs, ayant le même objet et la même cause, ou pour empêcher cette partie de recommencer une procédure sur une question de fait ou de droit qui a été tranchée au cours de la procédure étrangère, même si l'objet ou la cause de ce litige tranché à l'étranger étaient différents[152]. L'exécution est accordée lorsqu'une partie au jugement obtient la mise en œuvre effective de la réparation qui lui a été accordée par le jugement[153]. Dans certains systèmes juridiques, la reconnaissance est un préalable nécessaire à l'exécution. Toutefois, en application de l'article 25, la reconnaissance et l'exécution sont des notions séparées et indépendantes. Il va de soi que certains jugements qui sont purement déclaratoires ne peuvent être que reconnus. De même, comme on le verra, il est possible que certains jugements non susceptibles d'être reconnus soient susceptibles d'être exécutés.

304 En général, les conditions pour la reconnaissance et pour l'exécution sont identiques. À l'une et l'autre s'appliquent les conditions posées par les articles 26, 27 et 28. En pratique, l'effet des exigences posées par les paragraphes 2 et 3 de l'article 25 sera identique dans la plupart des cas: l'autorité de chose jugée et le caractère exécutoire seront obtenus en même temps. Mais, dans certains cas, il est possible qu'en application de la loi du pays d'origine, un jugement soit revêtu de l'autorité de chose jugée sans être exécutoire. De la même

[151] *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, ch. 5, Problème No 2, Note introductive.
[152] Voir *Carl Zeiss Stiftung c. Rayner & Keeler Ltd* (No 2) [1967] 1 AC 855, spéc. p. 966.
[153] *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, ch. 5, Problème No 2, Note introductive.

298 Thirdly, the decision must have been rendered by a court of a Contracting State. This solution derives from Article 2(2). This means in the first place that the court must be a court established by, or under the auspices of, a Contracting State. Private tribunals are excluded from Chapter III. So are courts of non-Contracting States: the recognition and enforcement of their decisions in a Contracting State is governed by the national law of that State.

Sub-paragraph b)

299 Specific provision is made in sub-paragraph *b)* with respect to provisional and protective measures. That provision reflects the decision of the Special Commission to allow extraterritorial recognition and enforcement under the Convention of provisional and protective measures ordered by a court having jurisdiction over the merits under the Convention, but to exclude from recognition and enforcement measures ordered by a court lacking such jurisdiction. Sub-paragraph *b)* must therefore be read as not only specifically including provisional and protective measures made in pursuance of jurisdiction under Article 13(1), but also as excluding measures made in pursuance of Article 13(2) and (3), although the latter provision includes its own territorial limitation. It must be remembered, though, that provisional and protective measures which are included within the term "judgment" in Article 23 *b)* must also meet the requirements of the succeeding provisions, especially those in Article 25(2) and Article 28(1) *c)* and *d)* before they can be granted recognition or enforcement.

Article 24 – Judgments excluded from Chapter III

300 The aim of this clause is to exclude the application of the Chapter on recognition and enforcement to judgments rendered by a court whose jurisdiction was established only under its national law. From this it follows that under the Convention there is no obligation of recognition or non-recognition for Contracting States; therefore, each Contracting State remains free to recognise or not to recognise these judgments, according to the provisions of its own national law. Nor can the Convention be interpreted as being the necessary treaty authorisation for recognising or enforcing foreign judgments rendered on the basis of jurisdiction which has been established only under national law, when the national law of the State addressed requires a treaty for this purpose.

301 It should be noted that the exclusion in Chapter III only takes effect when the national law jurisdiction which is applied conforms to the requirements of Article 17 and matches the margin of freedom which this Article confers on Contracting States. In particular, it must not conflict with the provisions reserved in Article 17, or be prohibited under Article 18, when the defendant is habitually resident in a Contracting State. A violation of Article 17 would prevent the judgment from being classed among those which are excluded by Chapter III, and would result in its inclusion. This would imply that Article 26 applies, thereby placing on Contracting States a duty of non-recognition and non-enforcement.

Article 25 – Judgments to be recognised or enforced

Paragraph 1

302 For the purposes of Chapter III there is only one type of jurisdiction which is entitled to recognition or enforcement under the Convention. This is the required jurisdiction under Chapter II provided for under Articles 3 to 13 and the associated jurisdictions provided for in Articles 14, 15 and 16. The jurisdiction must either be specifically based on that ground or, as in the case of a judgment given in a purely domestic case between parties habitually resident in the same State which is later sought to be enforced in another Contracting State, must be on its facts consistent with any such ground. This will always be the case if the defendant is habitually resident in the originating State even if jurisdiction was assumed on another basis. A judgment, as defined in Article 23, which is based on such a ground or is consistent therewith is entitled to recognition or enforcement under Article 25 provided it meets the conditions set out in paragraphs 2 and 3 for recognition and enforcement respectively, and does not conflict with Articles 4, 5, 7, 8 or 12. This is subject to the power to refuse recognition or enforcement in the circumstances defined in Article 28. Judgments given in the exercise of jurisdiction which is prohibited by Article 18 shall not be recognised or enforced (Art. 26) and the recognition or enforcement of judgments given in the exercise of jurisdiction based on national laws pursuant to Article 17 is excluded from Chapter III by Article 24.

303 Recognition and enforcement are dealt with separately in Article 25, paragraphs 2 and 3, respectively. They serve different functions. Recognition is given to a judgment "when it is given the same effect that it has in the state where it was rendered with respect to the parties, the subject matter of the action and the issues involved".[151] Its most obvious effect is when a foreign judgment is pleaded to prevent a party to the judgment from bringing a fresh action between the same parties on the same cause of action or to prevent that party from re-litigating in the forum a matter of fact or law necessarily decided between the same parties by a foreign court, even if the cause of action is different.[152] Enforcement occurs when a party to the judgment is given the affirmative relief to which that party is entitled under the judgment.[153] In some legal systems recognition is a prerequisite for enforcement. However, under Article 25 recognition and enforcement are separate and independent concepts. It is obvious that some judgments which are declaratory only can only be recognised. Likewise, as will be shown, it will be possible for some judgments which are not entitled to recognition to be enforceable.

304 In general the conditions for recognition and those for enforcement are the same. The requirements set out in Articles 26, 27 and 28 are applicable to both. For practical purposes, the effect of the requirements set out in paragraphs 2 and 3 of Article 25 will in most cases be the same: the effect of *res judicata* and enforceability will be gained at the same moment of time. But, in certain cases, it is possible that a judgment will have the effect of *res judicata* without being enforceable under the law of the original court. Conversely,

[151] *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, Ch. 5, Topic 2, Introductory Note.
[152] See *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd* (No 2) [1967] 1 AC 855 at 966.
[153] *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, Ch. 5, Topic 2, Introductory Note.

façon, cette loi peut décider qu'un jugement est exécutoire mais n'est pas revêtu de l'autorité de chose jugée[154].

305 Finalement, comme le Professeur Fragistas le faisait remarquer à propos de la Convention Exécution de 1971, on peut relever l'existence d'un principe général, qui sous-tend aussi l'avant-projet de Convention, selon lequel une décision ne peut pas acquérir un effet plus important que celui qu'elle a dans son pays d'origine. Ce qui implique que la décision doit exister et être valable dans l'ordre juridique du pays d'origine[155].

Paragraphe 2 – Reconnaissance

306 Un jugement est susceptible d'être reconnu s'il bénéficie de l'autorité de chose jugée dans son pays d'origine. Les termes «*res judicata*» (pour lesquels on utilise aussi les termes anglais «*final and conclusive*») ou «autorité de chose jugée»[156] ont un sens similaire dans les pays de *common law* et dans les pays de tradition romano-germanique. Ils visent le mécanisme par lequel un jugement définitif rendu entre les mêmes parties sur les mêmes questions empêche que la question soit à nouveau soulevée entre ces parties[157]. Une décision qui n'est pas définitive, mais provisoire, comme par exemple la plupart, sinon toutes, les décisions provisoires ou conservatoires, ne bénéficie pas de l'autorité de la chose jugée[158]. Un jugement par défaut est, dans la plupart des systèmes juridiques, susceptible de bénéficier de l'autorité de chose jugée.

307 Toutefois, aucune uniformité n'existe sur la question de la date à laquelle un jugement acquiert la «*res judicata*» ou autorité de chose jugée. Dans les pays de *common law*, l'autorité de chose jugée est accordée lorsqu'est rendu sur le litige opposant les parties un jugement définitif, non susceptible d'être modifié par le même tribunal au cours d'une procédure ordinaire[159], même si la décision est susceptible d'être frappée d'appel ou fait effectivement l'objet d'une procédure d'appel. Un tribunal anglais ou américain appliquera cette définition non seulement à ses propres jugements, mais encore aux jugements étrangers, quel que soit l'effet que peuvent avoir ces jugements en application du droit de leur pays d'origine[160]. En revanche, de nombreux pays de tradition romano-germanique, voire la plupart, considèrent qu'un jugement ne bénéficie pas de «*res judicata*» ou autorité de la chose jugée avant que la décision ne puisse plus faire l'objet d'un recours ordinaire[161].

308 Geimer écrit sur ce point: L'État d'origine détermine seul le moment où une décision de cet État acquiert l'autorité de chose jugée (*materielle Rechtskraftwirkung*). La plupart des lois relatives à la procédure contiennent une règle proche de celle du § 705 de la Loi allemande sur la procédure civile, par lequel la décision n'acquiert l'autorité de chose jugée qu'après avoir acquis la «*formelle Rechstkraft*», c'est-à-dire, après qu'elle ne peut plus être contestée par le biais de recours ordinaires. La France et les systèmes anglo-américains de *common law* ont sur ce point une approche différente. En France, le jugement acquiert l'autorité de chose jugée aussitôt qu'il est rendu. Cet effet est toutefois suspendu dès qu'un recours ordinaire est engagé. Ce n'est que quand la décision ne peut plus être modifiée qu'elle acquiert le plein effet de l'autorité de la chose jugée (force de chose jugée). Cette distinction est particulièrement importante pour l'application de la règle relative à la litispendance. L'exception de litispendance est, en droit français, applicable uniquement avant qu'une décision ne soit rendue, soit avant le jugement de première instance. Si un jugement a déjà été rendu, l'autorité de la chose jugée attachée à ce jugement pourra être invoquée contre une nouvelle procédure sur le même objet[162].

309 La Commission spéciale n'a pas accepté la solution adoptée dans l'article 4(2) de la Convention Exécution de 1971, qui exige que la décision étrangère «ne [puisse] plus faire l'objet d'un recours ordinaire dans l'État d'origine» avant de pouvoir être reconnue. Elle n'a pas non plus accepté une proposition visant à considérer qu'un jugement est définitif «même si une procédure d'appel ou toute autre forme de recours est pendant ou encore susceptible d'être mis en œuvre». Partant, toute possibilité d'adopter une solution uniforme a été écartée.

310 Au cours de la seconde lecture de l'avant-projet de Convention, une proposition a été émise, visant à modifier les conditions du paragraphe 2, pour faire en sorte que le jugement soit définitif dans son pays d'origine. Le problème était que l'utilisation des termes «*final*» en anglais et «décision définitive» en français ne contribuait pas à la clarification de ce texte. L'article 25(b) de la Loi fédérale suisse sur le droit international privé de 1987 utilise les termes: «la décision n'est pas susceptible de recours ou si elle est définitive» («*endgültig*» en allemand). L'un des commentaires sur cette disposition explique qu'en principe, le terme «*endgültig*» suppose que la décision ait acquis l'autorité de chose jugée, mais que la disposition de la loi suisse était néanmoins plus large et visait à inclure des décisions comme les décisions, en droit de la famille, portant sur la garde, qui sont révisables par nature[163]. En anglais, l'utilisation du terme «*final*» conduirait au même type d'ambiguïté: le terme peut être utilisé simplement pour distinguer une décision sur le fond du litige, par opposition à une décision provisoire ou avant-dire-droit, ou peut être compris comme visant véritablement les décisions définitives et non susceptibles de modification («*final and conclusive*»).

311 La disposition du paragraphe 2 laisse au droit de l'État d'origine le soin de déterminer le moment auquel une décision acquiert l'autorité de chose jugée. Conformément à l'article 29(1) *c)*, il revient au demandeur à la reconnaissance du jugement de fournir tout document sur le statut du jugement dans l'État d'origine. Par conséquent, un tribunal des États-Unis d'Amérique ne peut pas reconnaître une décision allemande avant que cette décision ne soit plus susceptible de recours ordinaire conformément au droit allemand. À l'inverse, un tribunal allemand droit reconnaître une décision anglaise qui est définitive («*conclusive*») en droit anglais, même si cette décision est encore susceptible de faire l'objet d'un recours ordinaire. Dans ce dernier cas, le tribunal allemand peut toutefois différer la reconnaissance ou l'exécution de la décision, en application de l'article 25, paragraphe 4. En revanche, ce que ne peut faire aucun de ces tribunaux, c'est appliquer ses propres critères pour considérer qu'un jugement rendu par l'autre tribunal est définitif («*conclusive*») ou bénéficie de l'autorité de chose jugée. De cette façon, on parvient à un résultat satisfaisant, par lequel un jugement étranger ne peut produire plus d'effet dans le pays d'accueil qu'il n'en a dans son pays d'origine en application de son propre droit.

[154] Pour des exemples, voir C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5), § 5 II, p. 370.
[155] *Ibid.*, § 6 I, p. 371.
[156] En allemand, «*materielle Rechstkraft*»; en néerlandais, «*gezag van gewijsde*». Ceci doit être distingué de la «force de chose jugée», «*formelle Rechtskraft*», «*kracht van gewijsde*», qui désignent la situation où une décision ne peut plus être remise en cause.
[157] Voir la définition de «*res judicata*» dans J. Burke (dir.), *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1978; comp. «autorité de la chose jugée», dans G. Cornu, *Vocabulaire juridique Capitant*, 6e éd., Paris, PUF, 1996.
[158] Voir Nouveau Code de procédure civile (NCPC) français, art. 488. Dans l'affaire *Nouvion c. Freeman* (1889) 15 App. Cas. 1, la Chambre des Lords a refusé la reconnaissance d'une décision espagnole qui n'était que provisoire et pouvait, au moins en théorie, être modifiée lors de la procédure au principal.
[159] Ceci n'exclut pas la réformation des jugements liée à des circonstances exceptionnelles, par exemple pour des motifs extrinsèques comme la fraude ou l'absence de procès équitable.
[160] *Nouvion c. Freeman* (1889) 15 App. Cas. 1; *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* 1962 (US) § 2.
[161] La définition des recours «ordinaires» dépend du droit de chaque État. Ces recours peuvent englober les procédures d'appel auprès du tribunal immédiatement supérieur exclusivement, ou au contraire viser aussi les procédures d'appel auprès de la plus haute Cour du pays: voir H.J. Snijders (dir.), *Toegang tot Buitenlands Burgerlijk Procesrecht*, 2e éd., Arnhem, Gouda Quint, 1995, *passim*.
[162] R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3e Auflage, Cologne, Schmidt, 1997, p. 701, *Rz* 2804 (traduction française établie à partir de la traduction anglaise de P.E. Nygh). Voir aussi, pour les dispositions similaires du droit néerlandais: *Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer Annotated Commentary, art. 67, note 4 (W.D.H. Asser).
[163] *IPRG Kommentar*, Art. 25 III (Volken), nn. 20-22.

it is possible for a judgment to be enforceable under that law without having the effect of *res judicata*.[154]

305 Finally, as Professor Fragistas pointed out in relation to the 1971 Enforcement Convention, there is a general principle, which also underlies this preliminary draft Convention, namely, that a decision cannot acquire a greater effect abroad than it has in its country of origin. This means that the decision must exist and be valid according to the law of the State of origin.[155]

Paragraph 2 – Recognition

306 A judgment is entitled to recognition if it has the effect of *res judicata* (*autorité de chose jugée*) in the State of origin. The terms "*res judicata*" (also referred to as "final and conclusive") and "*autorité de chose jugée*"[156] have a similar meaning in both civil and common law systems. They refer to the conclusive effect which a final judgment already decided between the same parties acting in the same interest has, preventing them from raising the issue as between them again.[157] A decision which is not final, but provisional, such as most, if not all, provisional and protective measures, does not have the effect of *res judicata* or "*autorité de chose jugée*".[158] A default judgment is capable of acquiring under most systems the effect of *res judicata*.

307 There is, however, no uniformity as to the point in time when a decision acquires the effect of *res judicata* or "*autorité de chose jugée*". In the common law *res judicata* arises when a final judgment is given on the issues between the parties which cannot be reconsidered by the same court in ordinary proceedings,[159] even though the decision may potentially or actually be the subject of appeal to a higher court. An English or United States court will apply this definition not only to its own judgments, but also to foreign judgments whatever the effect of that judgment may be under its own law.[160] In contrast, many, if not most, civil law systems take the view that a judgment does not have the status of *res judicata* or "*autorité de chose jugée*" until the decision is no longer subject to ordinary[161] forms of review.

308 Geimer writes on this point: The original State determines exclusively the point in time when the decision of the original State acquires the effect of *res judicata* (*materielle Rechtskraftwirkung*). Most procedural laws contain a rule which is similar to §705 of the German Law of Civil Procedure whereby the decision only acquires the effect of *res judicata* after it gains "*formelle Rechtskraft*", that is to say, after it can no longer be impugned through ordinary methods of review. Different approaches are taken in France and in the Anglo-American common law region. In France the judgment acquires "*autorité de chose jugée*" as soon as it is pronounced. This effect, however, is suspended as soon as an ordinary method of review is instituted. Only when the decision can no longer be impugned does it acquire the full effect of *res judicata* (*force de la chose jugée*). This distinction has in particular effect on the application of the rule of *lis alibi pendens*. The defence based on *lis alibi pendens* is under French law only applicable as long as no judgment has been delivered, thus only during the proceedings at first instance. If judgment has already been delivered, the *autorité de chose jugée* of this judgment can be applied in fresh proceedings relating to the same subject matter.[162]

309 The Special Commission did not accept the solution adopted in Article 4(2) of the 1971 Enforcement Convention which requires that the foreign judgment "is no longer subject to ordinary forms of review" before it could be recognised. Nor did it accept a proposal that a foreign judgment be treated as conclusive "even though an appeal or other form of review is pending or still available". Hence the opportunity to adopt a uniform approach has been declined.

310 In the course of the second reading of the preliminary draft Convention a proposal was made to frame the requirement in paragraph 2 in terms that the judgment be final in the State of origin. The difficulty is that the use of the word "final" in English as well as the term "*décision définitive*" in French will not necessarily bring clarity. Article 25(b) of the Swiss Federal Act on Private International Law of 1987 provides: "*la décision n'est pas susceptible de recours ordinaire ou si elle est définitive*" (in German "*endgültig*"). A comment on this provision explains that ordinarily the word "*endgültig*" would require that the decision have the quality of *res judicata*, but that the Swiss provision was intended to have a wider effect by including decisions, such as custody determinations in family law, which are always subject to variations.[163] In English the use of the word "final" would produce a similar ambiguity: the word can be used merely to distinguish decisions made on the substantive dispute as opposed to those made in interim or interlocutory matters, or it may be taken to mean "final and conclusive".

311 The solution adopted in paragraph 2 leaves the determination of when a judgment acquires the status of *res judicata* to the law of the State of the court of origin. The party seeking recognition of the judgment must provide documentation as to its status under that law pursuant to Article 29(1) *c)*. Consequently, a United States court cannot recognise a German judgment until that decision is no longer subject to ordinary forms of review under German law. Conversely, a German court must recognise an English judgment which is conclusive under English law even though it is still subject to ordinary forms of review. In the latter case, the German court may postpone recognition or enforcement of the judgment under paragraph 4 of Article 25. What neither court may do, however, is apply its own standards of what constitutes a judgment that is conclusive or has the "*autorité de chose jugée*" to a judgment of the other. On this basis the defensible position is reached that no foreign judgment should have a greater status abroad than it enjoys under its own law.

[154] See, for examples, C.N. Fragistas (*op. cit.* note 5), §5 II, at p. 370.
[155] *Ibid.*, §6 I, at p. 371.
[156] In German "*materielle Rechtskraft*", in Dutch "*gezag van gewijsde*". This must be distinguished from "*force de chose jugée*", "*formelle Rechtskraft*", "*kracht van gewijsde*", which refer to the situation when the judgment can no longer be impugned.
[157] See the definition of "*res judicata*" in J. Burke (ed.), *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 1978; cp. "Autorité de la chose jugée", in G. Cornu, *Vocabulaire juridique Capitant*, 6th ed., Paris, PUF, 1996.
[158] See Nouveau Code de procédure civile (NCPC, France) Art. 488. In *Nouvion v. Freeman* (1889) 15 App. Cas. 1, the House of Lords refused recognition to a Spanish "*remate*" order because it was provisional and could, at least in theory, be reviewed at the hearing of the principal suit.
[159] This does not preclude the setting aside of the judgment in certain special circumstances, *e.g.*, for extrinsic fraud or denial of natural justice.
[160] *Nouvion v. Freeman* (1889) 15 App. Cas. 1; Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act 1962 (US) §2.
[161] What constitute "ordinary" forms of review also depends on the law of each country. It can range from appeals to the next intermediate court only to a definition which includes appeals to the highest court in the land: see H.J. Snijders (ed.), *Toegang tot Buitenlands Burgerlijk Procesrecht*, 2nd ed., Arnhem, Gouda Quint, 1995, *passim*.
[162] R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3e Auflage, Cologne, Schmidt, 1997, p. 701, *Rz* 2804 (translation by P.E. Nygh). See also as regards the Netherlands to the same effect: *Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer Annotated Commentary, Art. 67, note 4 (W.D.H. Asser).
[163] *IPRG Kommentar*, Art. 25 III (Volken), nn. 20-22.

Paragraphe 3 – Exécution

312 La première question est celle de savoir si la reconnaissance du jugement par application du paragraphe 2 est un préalable nécessaire à l'exécution. Une proposition qui rendait explicite le fait qu'une reconnaissance préalable est nécessaire pour l'exécution, comme c'est le cas dans la plupart des pays de *common law*, n'a pas été acceptée par la Commission spéciale. Dans l'article 4 de la Convention Exécution de 1971, l'exigence du caractère exécutoire est posée « en outre », c'est-à-dire en plus des conditions de reconnaissance. C'est aussi le cas dans de nombreux systèmes juridiques, de tradition romano-germanique comme de *common law*[164]. Néanmoins, il ne serait pas inconcevable de bâtir un système dans lequel les jugements étrangers seraient susceptibles d'être exécutés, même s'ils sont dépourvus d'autorité de chose jugée[165]. L'article 31 de la Convention de Bruxelles n'exige pas que le jugement dont l'exécution est recherchée soit revêtu de l'autorité de chose jugée, mais se contente d'exiger qu'il soit exécutoire[166].

313 Il est bien sûr possible qu'un jugement soit exécutoire sans pour autant bénéficier de l'autorité de chose jugée dans le système juridique du pays dans lequel il a été rendu. On a déjà mentionné les mesures provisoires et conservatoires, et on peut dire la même chose d'autres décisions avant-dire-droit, qui ne seront pas intégrées à la décision définitive rendue au fond. Plus encore, il est possible dans les pays de tradition romano-germanique qu'un tribunal accorde l'exécution provisoire, en tout ou partie, alors même que les voies de recours ordinaires n'ont pas été épuisées[167].

314 Structurellement, l'article 25 envisage de façon indépendante les conditions de reconnaissance et d'exécution. Cette approche est révélée par l'usage de la conjonction de coordination « ou » plutôt que « et », et par le fait que les deux questions font l'objet de dispositions distinctes dans les paragraphes 2 et 3, concernant respectivement la reconnaissance et l'exécution. Toute autre interprétation viderait largement de leur sens les dispositions des articles 13(1) et 23 *b)*, dans la mesure où la plupart des mesures provisoires, sinon toutes, ne bénéficient pas de l'autorité de chose jugée. Une autre interprétation empêcherait aussi l'exécution de décisions étrangères qui bénéficient dans leur État d'origine de l'exécution provisoire. La question de savoir si un jugement est exécutoire dans l'État d'origine est régie, elle aussi, par la loi de l'État d'origine. Conformément à l'article 29(1) *c)*, la partie demanderesse à l'exécution doit fournir tout document relatif au statut du jugement dans son pays d'origine. Dans les pays de *common law*, le jugement sera en général considéré comme exécutoire aussitôt après avoir été rendu, même si un appel est formé, à moins qu'une suspension d'exécution soit obtenue. Dans les pays de tradition romano-germanique, c'est la solution inverse qui prévaut. Toutefois, en pratique, la décision de suspendre l'exécution ou d'accorder l'exécution provisoire est en général rendue sur la base des mêmes critères, qui visent à tenir compte à la fois des chances de succès de la procédure d'appel et de la bonne foi de l'appelant.

315 Manifestement, exiger que la reconnaissance soit un préalable à l'exécution constituerait une protection pour la partie condamnée par le jugement, qui sera assurée qu'aucune exécution ne sera mise en œuvre avant que le jugement ne devienne non susceptible de la moindre modification. D'un autre côté, la solution désavantage celui qui a obtenu la décision de condamnation qui non seulement doit patienter, mais encore peut être désavantagé par l'exercice de recours purement dilatoires visant uniquement à retarder l'exécution. Cette situation est prise en compte dans les pays de tradition romano-germanique, qui acceptent d'accorder l'exécution provisoire dans certaines situations, même avant épuisement des possibilités de recours ordinaires. S'il est estimé qu'il est nécessaire de faire de la reconnaissance un préalable à l'exécution, il serait souhaitable d'envisager la possibilité de permettre l'exécution de certaines décisions provisoires ou bénéficiant de l'exécution provisoire, malgré l'absence d'autorité de chose jugée[168].

Charge de la preuve

316 Dans la mesure où les conditions posées par l'article 25 sont par essence des conditions préalables à la reconnaissance ou à l'exécution, il revient à la partie qui entend se prévaloir du jugement de prouver que ces conditions sont bien remplies. Cette solution est encore renforcée par la disposition de l'article 29(1) *c)*.

Article 26 – Jugements qui ne peuvent être reconnus ou exécutés

317 Cet article impose aux États contractants de ne pas reconnaître ni exécuter le jugement rendu par un tribunal qui a fondé sa compétence sur un rattachement non conforme aux dispositions conventionnelles sur l'élection de for, sur la protection de la partie faible, ou en violation des compétences exclusives, ou encore sur une compétence interdite en vertu de l'article 18. La disposition représente la conséquence naturelle du défaut de respect des règles obligatoires de compétence prévues par la Convention, ainsi que des restrictions à la marge de liberté laissée aux États contractants d'adopter, dans leur droit commun, d'autres compétences à côté de celles admises par la Convention.

318 L'obligation de ne pas reconnaître ni d'exécuter certains jugements, lorsqu'ils sont fondés sur des compétences non conformes aux principes établis dans la Convention, est d'importance capitale dans le contexte d'une Convention qui, tout en ne pouvant être qualifiée de « double » qu'avec un certain degré de flexibilité, contient des règles sur la répartition de compétence entre les États contractants. Tandis que dans une convention simple il suffit, pour assurer le bon fonctionnement de la convention, de ne pas prévoir l'obligation de reconnaissance du jugement étranger lorsque les règles de compétence conventionnelles n'ont pas été respectées, dans une convention double ou mixte il est essentiel d'imposer l'obligation de non-reconnaissance de ce même jugement. À défaut d'une telle obligation, si les États demeuraient libres de reconnaître les jugements fondés sur des compétences interdites, la répartition de la compétence directe opérée par la Convention serait remise en cause, au détriment de la sécurité juridique et de la protection qu'elle a pour but d'assurer.

Article 27 – Vérification de la compétence

319 Comme on l'a déjà fait remarquer, en application de l'article 25(1), sera reconnu ou exécuté un jugement qui a été rendu sur la base de l'un des chefs de compétence posé par les articles 3 à 13, ou d'un chef de compétence compatible avec ceux-ci. L'article 26 interdit la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement fondé sur une compétence non conforme aux articles 4, 5, 7, 8 ou 12 ou dont la mise en œuvre est interdite en vertu de l'article 18. Le tribunal d'un État contractant qui entend exercer une compétence non

[164] *Restatement (Second) Conflict of Laws*, 1971, ch. 5, Problème No 2, Note introductive. Loi fédérale suisse sur le droit international privé de 1987, art. 28. Pour le droit allemand, voir J. Kropholler (*op. cit.* note 12), § 60 II.3.
[165] *Ibid.*
[166] Voir le Rapport Jenard (*op. cit.* note 32), p. 43.
[167] Voir art. 514 du NCPC français (exécution provisoire de droit des ordonnances de référé) et art. 515 (exécution provisoire autorisée par le tribunal dans les autres cas).

[168] Pour un exemple, voir art. 4 de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires.*

Paragraph 3 – Enforcement

312 A preliminary question arises whether the recognition of a judgment under paragraph 2 is a necessary prerequisite to enforcement. A proposal which made it clear that recognition was a pre-condition to enforcement, as is the case under common law systems, was not accepted by the Special Commission. Under Article 4 of the 1971 Enforcement Convention the requirement of enforceability was "in addition to" the requirement of recognition. This is also the case in many common law and civil law systems.[164] Nevertheless, a system whereby foreign judgments without the status of *res judicata* are enforced is not unthinkable.[165] Article 31 of the Brussels Convention does not require that the judgment sought to be enforced have the effect of *res judicata*, but merely that it be enforceable.[166]

313 It is of course possible for a judgment to be enforceable although it lacks the effect of *res judicata* under the law from which it emanates. Reference has already been made to provisional and protective measures and the same can be said of other intermediate decisions which do not form part of the final judgment on the merits. Furthermore, under the civil law, it is possible for a court to grant leave to execute a judgment in whole or in part while the ordinary forms of review have not yet been exhausted.[167]

314 The structure of Article 25 proceeds on the basis that the conditions for recognition and enforcement are not dependent on each other. This is indicated by the consistent use of the disjunctive "or" instead of "and" and by the separate treatment in paragraphs 2 and 3 of recognition and enforcement respectively. Any other interpretation would render the provisions of Articles 13(1) and 23 *b)* largely devoid of meaning since most, if not all, provisional measures lack the status of *res judicata*. It would also prevent the enforcement of foreign judgments even though they had been made provisionally enforceable in the State of origin. Whether a judgment is enforceable must also be determined according to the law of the State of origin. The party seeking enforcement of the judgment must provide documentation as to its status under that law pursuant to Article 29(1) *c)*. In common law countries the judgment will generally be enforceable as soon as it is rendered, even when an appeal is lodged, unless a stay of execution is granted. In civil law countries the position is the reverse. However, in practice the decision to grant a stay or to allow provisional enforcement is likely to be influenced by similar considerations of the chances of success of the appeal and the bona fides of the appellant.

315 Obviously, a requirement that recognition be a prerequisite for enforcement will protect the judgment debtor who can be assured that no enforcement will take place until and unless the judgment is beyond challenge. On the other hand, it disadvantages the creditor who not only has to wait but may be hampered by frivolous appeals for the sole purpose of delaying enforcement. This is recognised by civil law countries which permit provisional enforcement in certain cases even though ordinary methods of review are not yet exhausted. If it is desired to make recognition a prerequisite for enforcement, consideration should be given to allowing certain provisionally enforceable decisions and provisional measures to be enforced despite the lack of *res judicata*.[168]

Onus of proof

316 Since the conditions set out in Article 25 are essential preconditions to recognition or enforcement, the burden of establishing their existence rests upon the party seeking to rely on the judgment. This is further reinforced by the provisions found in Article 29(1) *c)*.

Article 26 – Judgments not to be recognised or enforced

317 This Article requires Contracting States not to recognise or enforce a judgment rendered by a court which has founded its jurisdiction on a connecting factor which does not comply with the Convention's provisions on choice of court or the protection of the weaker party, or in breach of exclusive grounds of jurisdiction, or on a ground of jurisdiction which is prohibited by Article 18. This provision is the logical consequence of failure to respect the binding rules of jurisdiction laid down in the Convention, and the restrictions on the margin of freedom allowed to Contracting States to adopt, in their national law, other grounds of jurisdiction as well as those admitted by the Convention.

318 The obligation not to recognise or enforce certain judgments when these are based on grounds of jurisdiction not in conformity with the principles laid down in the Convention is also of crucial importance in the framework of a Convention which, although it cannot without a degree of latitude be called "double", does contain rules on the allocation of jurisdiction among the Contracting States. In a simple convention it is sufficient, in order to ensure that the convention will operate properly, not to include an obligation to recognise a foreign judgment when the convention's rules on jurisdiction have not been respected; but in a double or mixed convention it is essential to include an obligation of non-recognition of such a judgment. In the absence of this obligation, if States remained free to recognise judgments based on prohibited grounds of jurisdiction, the Convention's allocation of jurisdiction would be brought into question, thus undermining the legal security and the protection which it aims to bring about.

Article 27 – Verification of jurisdiction

319 As mentioned before, under Article 25(1) a judgment which is based on a ground of jurisdiction provided for in Articles 3 to 13 or which is consistent with any such ground shall be recognised or enforced. Article 26 prohibits the recognition or enforcement of judgments based on grounds of jurisdiction which conflict with Articles 4, 5, 7, 8 or 12 or which are prohibited by Article 18. A court of a Contracting State which purports to exercise jurisdiction in conflict

[164] See *Restatement (Second), Conflict of Laws*, 1971, Ch. 5, Introduction to Topic 2; Swiss Federal Act on Private International Law 1987, Art. 28. As to German law, see J. Kropholler (*op. cit.* note 12), §60 II.3.
[165] *Ibid.*
[166] See the Jenard Report (*op. cit.* note 32), p. 43.
[167] See NCPC (France) Art. 514 (provisional enforcement of "*référé*" orders by operation of law), Art. 515 (provisional enforcement may be ordered by a court in other cases).

[168] See, for an example, the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*, Art. 4.

conforme à ces dispositions est dénué de toute compétence. Avant que l'obligation posée par l'article 25(1) puisse être efficace, l'article 27 exige que l'exercice de sa compétence par le for d'origine soit vérifié par le for de reconnaissance. Un tel contrôle suppose à la fois que soit positivement établi que le tribunal d'origine était compétent en application des articles 3 à 13 ou des compétences dérivées des articles 14, 15 et 16 de la Convention, et que, négativement, soit établi que l'exercice de cette compétence n'était pas incompatible avec les articles 4, 5, 7, 8 ou 12 ou n'était pas interdite en vertu de l'article 18. Il revient à la partie demanderesse à l'exécution de prouver que ces exigences sont bien satisfaites. Dans la mesure où le chapitre III ne concerne que les décisions rendues dans un autre État contractant sur le fondement de l'un des chefs de compétence conventionnel, toute les exigences concernant les décisions rendues dans un État contractant en application de l'article 17 ou encore rendues dans un État non contractant sont régies par le droit commun du tribunal requis.

Paragraphe 1

320 Si le défendeur comparaît lors de la procédure de reconnaissance ou d'exécution, le tribunal requis peut en principe s'attendre à ce que ce défendeur soulève toutes les objections relatives au défaut de compétence. Toutefois, même si le défendeur comparaît mais ne soulève pas d'objection, le tribunal requis peut décider d'office que le tribunal d'origine était dépourvu de compétence. Si le défendeur ne comparaît pas ou n'est pas représenté, le tribunal requis ne peut pas estimer que l'absence de comparution est une reconnaissance implicite du fait que le for de jugement était bien compétent. Certains éléments doivent être mis à la disposition du tribunal requis, comme les constatations de fait du tribunal d'origine dans la procédure en cause ou tout autre élément de preuve, éléments par lesquels le demandeur à la reconnaissance ou à l'exécution fournit tous les faits relatifs à la compétence permettant d'établir que le tribunal d'origine était bien compétent. Il ne suffit pas de se contenter des documents mentionnés dans l'article 29(1), à moins que figurent dans la copie produite du jugement des constatations explicites sur les faits ayant servi de fondement à la compétence du juge d'origine et à condition que le jugement n'ait pas été rendu par défaut (voir art. 27(2)). Le degré d'exigence quant à la preuve à apporter et aux informations à fournir est déterminé par la pratique judiciaire et le droit national de l'État requis. Si le tribunal requis estime que les preuves apportées sont insuffisantes, il peut, en application de l'article 29(3), demander la production de tout autre document utile. Le tribunal requis doit être convaincu que, conformément à sa propre interprétation de la Convention, le tribunal d'origine était bien compétent, et que, bien évidemment, la Convention est applicable à cette décision.

Paragraphe 2

321 Le paragraphe 2 dispose que le tribunal requis est lié par les constatations de fait sur lesquelles le tribunal d'origine a fondé sa compétence, à moins qu'il ne s'agisse d'un jugement par défaut. La rédaction du paragraphe 2 est fondée sur celle de l'article 9 de la Convention Exécution de 1971[169]. L'objet de cette disposition est d'empêcher le défendeur à la reconnaissance de retarder l'exécution en soulevant des questions qui ont été ou auraient pu être soulevées au cours de la procédure d'origine[170]. Cette disposition lie le tribunal requis uniquement pour les constatations de fait ayant servi à établir la compétence ; il revient au tribunal requis de déterminer quelle conclusion juridique il faut tirer de ces constatations. Ainsi, un tribunal français peut se déclarer compétent en application de l'article 6 sur le fondement de ce que les biens objet du contrat ont été fournis à Mulhouse et non à Bâle. Si la compétence est établie sur la constatation que les biens qui ont été transportés par un tiers ont étés matériellement livrés à l'acheteur à Mulhouse, le tribunal requis sera lié par ces constatations. Mais le tribunal requis sera libre de déterminer le lieu de fourniture des biens si la question est celle de la détermination juridique de ce lieu, qui peut être le lieu où les biens ont été remis au transporteur pour que celui-ci les achemine, ou le lieu où ils ont été finalement remis à l'acheteur. Dans la mesure où, sur ces questions, les droits nationaux peuvent adopter des solutions différentes, le tribunal requis peut mettre en œuvre une solution différente. La question de la détermination de la résidence habituelle peut donner lieu à des problèmes similaires. La constatation qu'une personne a séjourné physiquement dans un certain lieu liera le tribunal requis, mais non la conclusion selon laquelle ce séjour est constitutif d'une résidence habituelle[171]. Une recherche des décisions publiées portant sur des dispositions analogues existant dans les Conventions de La Haye antérieures n'a pas permis de découvrir la moindre difficulté soulevée par ces dispositions[172].

322 Si le jugement est rendu par défaut, le tribunal requis n'est plus lié par les constatations de fait ayant fondé la compétence du tribunal d'origine. Bien que la reconnaissance des jugements par défaut soit permise par la Convention, une charge plus lourde pèse sur le demandeur à la reconnaissance ou à l'exécution de tels jugements. Le demandeur doit établir, conformément à l'article 29(1) *b)*, que l'acte introductif d'instance a bien été notifié au défendeur, et doit apporter la preuve des faits sur lesquels le tribunal d'origine s'est appuyé pour exercer sa compétence. Les termes «jugement par défaut» ne sont pas définis dans la Convention, et font l'objet de très importantes divergences entre les droits et les pratiques nationales[173]. Une définition autonome serait préférable aux caprices des droits du tribunal d'origine[174] ou du tribunal requis. Considérant l'objectif de protection de cette disposition de l'avant-projet de Convention, il peut être soutenu que, pour cet objectif, un jugement par défaut est un jugement rendu au terme d'une procédure au cours de laquelle le défendeur n'a pas eu l'occasion de se défendre devant le tribunal d'origine[175]. Un défendeur qui comparaît dans le seul but de contester la compétence du tribunal d'origine sur le fondement des articles 3 à 13 de la Convention, ayant vu son exception d'incompétence rejetée et ayant décidé de se retirer de la procédure sur le fond ne peut pas contester les constatations de fait sur lesquelles a été fondée la compétence du tribunal d'origine. S'il en était autrement, l'objectif même de la disposition serait détruit.

[169] Voir C.N. Fragistas, Rapport explicatif (*op. cit.* note 5), p. 383. Des dispositions analogues peuvent être trouvées dans l'art. 6 de la Convention Exécution de 1971, dans l'art. 9 de la Convention Aliments – Exécution de 1973, dans l'art. 25 de la Convention Protection des enfants de 1996 et de l'art. 24 de la Convention Protection des adultes de 2000. Voir aussi la Convention de Bruxelles, art. 28, 2e para.

[170] Pour l'historique de cette disposition, voir «Rapport de la Commission spéciale présenté par M. Ch.N. Fragistas», *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966). Exécution des jugements*, p. 24 à 47, à la p. 29. À la différence des négociations menées en 1964, il n'y a eu cette fois-ci aucune opposition sur l'inclusion de cette disposition.

[171] À moins que l'on ne considère que la résidence habituelle est un concept purement factuel. Voir E. Clive (*op. cit.* note 35), 137 ; P. Beaumont et P. McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999, p. 80 à 88. Voir aussi P. Bellet et B. Goldman, Rapport explicatif sur la Convention Divorce de 1970, *Actes et documents de la Onzième session (1968)*, tome II, *Divorce*, p. 210 à 223, à la p. 217, No 37.

[172] Voir M. Sumampouw (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tomes II à V inclus, dans lesquels il n'a pas été possible de trouver la moindre décision faisant état d'une telle difficulté.

[173] Comp., par exemple, la définition très étroite retenue par l'art. 473 du NCPC français avec la définition très large retenue en Angleterre : *RSC, Orders* 13 et 19.

[174] Cette solution a été défendue, dans le cadre de la Convention de Bruxelles, art. 27 (2), par l'avocat général Jacobs, *Sonntag c. Waidmann* (C-172/92), *Rec.* 1993, p. I-1963, spéc. p. 1987.

[175] Solution fondée sur l'interprétation du terme «défaillant» donnée par la Cour européenne de Justice dans l'arrêt *Hendrikman c. Magenta Druck und Verlag GmbH* [1997] 2 *WLR* 349, spéc. p. 363, para. 15.

with any of these provisions, lacks competence. Before the obligation under Article 25(1) can take effect, Article 27 requires that the exercise of jurisdiction by the court of origin be verified by the court addressed. That requires both a positive finding that the court of origin had jurisdiction under Articles 3 to 13 or its extensions in Articles 14, 15 and 16 of the Convention. and negatively that the jurisdiction exercised by that court did not conflict with Articles 4, 5, 7, 8 or 12 and was not prohibited by virtue of Article 18. The burden of satisfying the court of these matters will rest upon the party seeking enforcement. Since Chapter III only applies to judgments based on the exercise of a required jurisdiction rendered in another Contracting State, any obligation to verify a judgment rendered in another Contracting State pursuant to Article 17 or rendered in a non-Contracting State is a matter for the national law of the court addressed.

Paragraph 1

320 If the debtor appears in the proceedings for recognition or enforcement, the court addressed can normally expect that the debtor will raise any issue relating to lack of jurisdiction. However, even if the judgment debtor were to appear in the enforcement proceedings and fail to raise an objection to the jurisdiction of the original court, the court addressed may decide on its own motion that the original court lacked jurisdiction. If there is no appearance by or on behalf of the debtor, the court addressed cannot rely merely upon the absence of the judgment debtor as an implied concession that the original court had jurisdiction. Some material must be before the court addressed, such as the findings of the court of origin in contested proceedings or other evidence as to the relevant jurisdictional facts supplied by the applicant for recognition or enforcement from which it can be satisfied that the court of origin had jurisdiction. It will not be sufficient to rely on the production of the documents referred to in Article 29(1), unless there are explicit findings on the jurisdictional facts in the copy of the judgment produced and it is not a default judgment: see Article 27(2). The standard of information required and of proof will be a matter for the law and practice of the court addressed. If the court addressed has insufficient evidence, it may under Article 29(3) require the production of any other necessary documents. The court addressed must be satisfied, according to its understanding of the Convention, that the original court had jurisdiction and, indeed, that the Convention is applicable to the judgment.

Paragraph 2

321 Paragraph 2 provides that the court addressed shall be bound by the findings of fact on which the original court based its jurisdiction unless the judgment was given by default. The wording of paragraph 2 is based upon Article 9 of the 1971 Enforcement Convention.[169] The purpose of the provision is to prevent the judgment debtor from delaying enforcement by re-raising issues that were, or could have been, raised in the original proceedings.[170] The provision binds the court addressed only as regards the findings of fact on which the conclusion as to jurisdiction is based; it is for the court addressed to determine what conclusions of law should follow from such findings. Thus, a French court may assume jurisdiction under Article 6 on the basis that the goods which were the subject of the contract were supplied in Mulhouse, and not in Basel. In so far as that assumption of jurisdiction is based on a finding of fact that the goods which were carried by a third party physically reached the buyer in Mulhouse, the court addressed would be bound. But, in so far as the matter raised the issue of where the supply took place as a matter of law, that is either at the place where the goods were delivered to the carrier for carriage to the buyer or at the place where they were ultimately delivered to the buyer, this would be a matter for the court addressed to determine. Since national laws on this point may differ, the court addressed may apply a different rule. Similar questions may arise in relation to habitual residence. A finding that a person has physically stayed at a particular place will be binding, but the deduction therefrom that this constitutes habitual residence will not.[171] A search of reported decisions of similar provisions under previous Hague Conventions did not disclose any problems arising out of them.[172]

322 The binding effect of a finding on jurisdictional facts does not apply to default judgments. Although the recognition of default judgments is covered by the Convention, a heavier burden rests upon the applicant for recognition or enforcement of such judgments. The applicant has to establish in accordance with Article 29(1) *b)* that due notice of the commencement of the proceedings was given to the defendant and also has the burden of establishing the facts upon which the original court assumed jurisdiction. The term "default judgment" is not defined in the Convention and there are considerable differences in national law and practice.[173] An autonomous definition is preferable to the vagaries of either the law of the court of origin[174] or of the court addressed. Having regard to the protective purposes of the provisions of the preliminary draft Convention, it can be said that for its purposes a default judgment is given in proceedings in which the defendant did not have the opportunity of defending himself before the court of origin.[175] A defendant who appeared only to contest the jurisdiction of the original court under Articles 3 to 13 of the Convention, lost on that issue and thereafter withdrew from the proceedings on the merits, cannot dispute the findings of jurisdictional facts on which the assumption of jurisdiction was based. Otherwise the very purpose of the provision would be defeated.

[169] See C.N. Fragistas, Explanatory Report (*op. cit.* note 5), p. 383. Similar provisions are found in Art. 6 of the 1971 Enforcement Convention, Art. 9 of the 1973 Maintenance – Enforcement Convention, Art. 25 of the 1996 Child Protection Convention and Art. 24 of the 2000 Adults Convention. See also Brussels Convention Art. 28, 2nd para.

[170] For the history of the provision, see "Rapport de la Commission spéciale presenté par M. Ch.N. Fragistas", in *Actes et documents de la Session extraordinaire (1966). Exécution des jugements*, pp. 24-47, at p. 29. Unlike in 1964, there was no disagreement in the present Special Commission about the insertion of this provision.

[171] Unless one considers habitual residence to be a purely factual concept: see E. Clive (*op. cit.* note 35), 137; P. Beaumont and P. McEleavy, *The Hague Convention on International Abduction*, Oxford University Press, 1999, pp. 88-90. See also P. Bellet and B. Goldman, Explanatory Report on the 1970 Divorce Convention, *Actes et documents de la Onzième session (1968)*, Tome II, *Divorce*, pp. 210-223, at p. 217, No 37.

[172] See M. Sumampouw (ed.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tomes II to V inclusive, where no reference to any reported case was found.

[173] Compare, for instance, the very restrictive definition under NCPC (France) Art. 473 with the very broad approach under RSC (England) Orders 13 and 19.

[174] The solution advocated in relation to Art. 27 (2) of the Brussels Convention by Jacobs AG in *Sonntag v. Waidmann* (C-172/92) [1993] *ECR*, p. I-1963 at 1987.

[175] Based on the interpretation given by the European Court of Justice to the words "in default of appearance" in *Hendrikman v. Magenta Druck und Verlag GmbH* [1997] 2 *WLR* 349, at 363, para. 15.

323 Dans certains cas, il ne sera pas possible de déduire des termes de la décision présentée à la reconnaissance ou à l'exécution le chef de compétence utilisé par le tribunal d'origine. Il est possible qu'il se soit considéré compétent sur le fait que toutes les parties étaient résidentes dans le même État contractant et que la question de l'application de la Convention ne s'est posée que lorsque la partie bénéficiaire du jugement a souhaité obtenir l'exécution de ce jugement dans un autre État contractant, parce que le débiteur du jugement possède des biens sur le territoire de cet État. Ou bien, le tribunal d'origine peut, du fait de son ignorance, ne pas avoir tenu compte de l'existence de la Convention. Comme le montre l'expression «ou conforme à ces compétences» utilisés par l'article 25(1), l'absence de référence spécifique aux règles conventionnelles n'est pas, en elle-même, susceptible d'empêcher le jugement étranger d'être reconnu en application de la Convention. Certains tribunaux, tout particulièrement pour les jugements purement internes, peuvent ne rien dire du chef de compétence utilisé. Encore une fois, s'il est possible d'établir les circonstances factuelles justifiant l'exercice de la compétence au regard des règles de la Convention, les exigences de l'article 27 seront considérées comme satisfaites.

Paragraphe 3

324 Le paragraphe 3 dispose que la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ne peut pas être refusée au motif que le tribunal d'origine aurait dû refuser d'exercer sa compétence conformément à l'article 22. À partir du moment où l'article 22 n'impose aucune obligation mais une simple faculté, on aurait pu penser que cette affirmation tombait sous le sens.

Article 28 – Motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution

Paragraphe 1

325 L'article 28 définit les circonstances dans lesquelles la reconnaissance ou l'exécution peuvent être refusées aux jugements qui satisfont les exigences de l'article 25(1). Ces circonstances s'appliquent à la fois à la reconnaissance et à l'exécution. La liste des motifs de refus de reconnaissance est exhaustive : il est interdit d'invoquer d'autres motifs non mentionnés, tel que l'application par le tribunal d'origine d'une loi différente de celle qui aurait été désignée par la règle de conflit de lois du tribunal requis. Partant, le tribunal requis est obligé de reconnaître ou d'exécuter un jugement qui remplit les conditions de l'article 25, dont la reconnaissance n'est pas interdite du fait de l'article 26 et contre lequel aucun des motifs de l'article 28 ne peut être invoqué. Mais il n'est pas obligé de refuser dans tous les cas la reconnaissance ou l'exécution à un jugement contre lequel un ou plusieurs motifs de l'article 28 peuvent être invoqués. Les termes «peut» et «*may*» montrent bien qu'il s'agit d'une simple faculté pour le juge requis.

326 En principe, il appartient à la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution d'établir l'existence d'un ou plusieurs des motifs de l'article 28. Une proposition visant à accepter un contrôle d'office de certaines des conditions, comme l'ordre public, n'a pas été acceptée par la Commission spéciale. Il existe toutefois une exception partielle : en cas de jugement par défaut, lorsque le demandeur à la reconnaissance doit, en application de l'article 29(1) *b)*, établir que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié à la partie défaillante. Toutefois, il appartient au défendeur à la reconnaissance d'établir que la notification ne lui a pas laissé suffisamment de temps pour préparer sa défense. À cette exception près, si le défendeur à la reconnaissance n'apparaît pas ou ne soulève aucune objection, l'obligation de reconnaître ou d'exécuter le jugement résultant de l'article 25 trouve à s'appliquer.

Lettre a) – *Litispendance*

327 Cette disposition permet au tribunal premier saisi, au sens des conditions posées par l'article 21, de refuser la reconnaissance ou l'exécution si le tribunal second saisi a rendu une décision avant que la procédure devant le tribunal premier saisi n'ait abouti à un jugement. Pour cela, il est nécessaire que, en application de l'article 21, le tribunal second saisi soit dans l'obligation de reconnaître la priorité du tribunal premier saisi. Si ces conditions ne sont pas remplies, par exemple si le tribunal premier saisi exerçait une compétence de l'article 17, qui ne permet pas de se voir reconnaître la priorité, ou si ce tribunal était seulement saisi d'une action déclaratoire, il ne pourra pas refuser la reconnaissance ou l'exécution sous prétexte que la procédure devant le tribunal du for, premier saisi, est toujours pendante. Si la condition d'autorité de chose jugée est remplie, la reconnaissance du jugement rendu par le tribunal second saisi met fin au litige.

328 Bien évidemment, si la procédure devant le tribunal premier saisi a abouti à un jugement, même si c'est sur le fondement d'une compétence de l'article 17 ou si le tribunal était saisi d'une action déclaratoire, la lettre *b)*, qui fait l'objet de développements ci-dessous, s'applique.

Lettre b) – *Jugements inconciliables*

329 La lettre *b)* permet au tribunal requis de ne pas reconnaître une décision qui est inconciliable avec un jugement rendu dans l'État requis ou dans un autre État, contractant ou non. Des jugements sont considérés comme inconciliables lorsque les constatations de fait ou les conclusions de droit auxquelles ils parviennent s'excluent mutuellement[176]. Dans la version anglaise, le terme «*inconsistent*» a été préféré à «*irreconcilable*» pour traduire le terme français «inconciliable». Le caractère inconciliable ne doit pas être confondu avec la litispendance. Une situation de litispendance peut tout à fait conduire à des décisions conciliables ; le problème principal est celui de la multiplication des efforts, et de la dépense de temps et d'argent. Par ailleurs, des décisions inconciliables peuvent très bien résulter d'actions ayant des objets différents et peuvent même survenir lorsque les parties ne sont pas les mêmes, dans l'hypothèse, par exemple, où une décision condamne le garant à payer une dette qu'une autre décision rendue entre le créancier et le débiteur principal a déclaré être nulle. Il n'est pas non plus nécessaire de systématiquement favoriser le jugement inconciliable qui est le premier rendu ou qui résulte d'une procédure antérieurement instituée.

330 Il résulte clairement des termes employés par cette lettre que le tribunal requis peut accorder sa préférence au jugement rendu dans l'État du for, même si le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée est antérieur ou résulte d'une procédure antérieurement instituée. Bien que les articles 21 et 28(1) *a)* visent à éviter ce type de situation, le champ d'application limité de l'article 21 ne peut pas les prévenir toutes. Ainsi, dans la mesure où les actions déclaratoires sont exclues par l'article 21(6), une décision constatant que le demandeur n'a pas commis de violation de ses obligations contractuelles obtenue dans l'État requis pourra empêcher la reconnaissance ou l'exécution d'une décision condamnant à des dommages et intérêts pour violation d'une

[176] Comp. la définition du terme «inconciliable» donnée par la CJCE pour les besoins de l'art. 27 (3) de la Convention de Bruxelles dans l'arrêt *Hoffmann c. Krieg* (145/986), *Rec.* 1988, p. 645. Il s'agit de «conséquences juridiques qui s'excluent mutuellement».

323 In some cases it will not be apparent from the terms of the judgment sought to be recognised or enforced on what basis that court assumed jurisdiction. It may have assumed jurisdiction in a dispute between parties habitually resident in the one Contracting State to which the Convention only became relevant when the judgment creditor sought to enforce it in another Contracting State because the defendant had assets there. Or the court of origin may out of ignorance have ignored the existence of the Convention. As indicated by the words used in Article 25(1) "or is consistent with any such ground", the absence of a specific finding under the terms of the Convention should not, by itself, disqualify the judgment from recognition under the Convention, provided the facts establish a ground of jurisdiction under the Convention. Some courts, particularly in internal judgments, may not make any finding as to jurisdiction at all. Again, provided facts can be established which would have justified taking jurisdiction under the Convention, the requirement of Article 27 will be satisfied.

Paragraph 3

324 Paragraph 3 provides that recognition or enforcement may not be refused on the ground that the court addressed considers that the court of origin should have declined jurisdiction under Article 22. Since Article 22 does not impose an obligation to decline jurisdiction but merely provides for a discretion to do so, one would have thought the point was obvious.

Article 28 – Grounds for refusal of recognition or enforcement

Paragraph 1

325 Article 28 defines the circumstances in which recognition or enforcement may be refused to judgments which satisfy the requirements of Article 25(1). They apply equally to recognition and enforcement. The list of grounds for refusal is exhaustive: other grounds not mentioned, such as the application by the court of origin of a law other than that which would have been applicable according to the private international law of the State addressed, are excluded. The court addressed is therefore obliged to recognise or enforce a judgment which meets the conditions in Article 25, recognition of which is not prohibited under Article 26 and against which none of the grounds in Article 28 can be established. But it is not bound in all circumstances to deny recognition or enforcement to a judgment against which one or more of the grounds in Article 28 can be established. The words "may" and "*peut*" confer a discretion on the court addressed.

326 In principle, the onus of establishing one or more of the grounds set out in Article 28 rests upon the party opposing the recognition or enforcement of the judgment. A proposal that certain objections such as public policy be verified *ex officio* was not accepted by the Special Commission. To this there is one partial exception: in the case of a default judgment where the party seeking recognition has under Article 29(1) *b)* the obligation to establish that the document instituting proceedings or an equivalent document was served on the defaulting party. However, any objection that this service was in insufficient time to prepare the defence should be brought forward by the debtor. Apart from this, if the debtor does not appear or does not raise an objection, the obligation under Article 25 to recognise or enforce the judgment applies.

Sub-paragraph a) – *Lis alibi pendens*

327 This provision allows the court which is first seised under the conditions set out in Article 21 to deny recognition or enforcement should the court second seised have proceeded to judgment before the proceedings in the court first seised have resulted in a judgment. There must have existed a situation in which the court second seised had to yield to the priority of the court first seised under Article 21. If those conditions are not satisfied, for example, in the case where the court first seised was exercising jurisdiction pursuant to Article 17 which is not entitled to priority or was seised only of proceedings for a negative declaration, it will not be entitled to refuse recognition or enforcement because the proceedings in the court first seised are still pending. If the condition of *res judicata* is fulfilled, the recognition of the judgment of the court second seised should then put an end to the litigation.

328 Of course, if the proceedings in the court first seised have resulted in a judgment, even if given in the exercise of a jurisdiction pursuant to Article 17 or in the form of a declaration that a party has no obligation to the other, sub-paragraph *b)* as discussed below will apply.

Sub-paragraph b) – *Inconsistent judgments*

329 Sub-paragraph *b)* relieves the court addressed from the obligation to recognise a judgment which is inconsistent with a judgment of the State addressed or of another State, whether a Contracting State or not. Judgments are inconsistent when the findings of fact or conclusions of law in relation to the same issues on which they are based, are mutually exclusive.[176] In the English version the word "inconsistent" was preferred to "irreconcilable" as a counterpart to the French "*inconciliable*". The quality of being inconsistent should not be confused with *lis alibi pendens*. A *lis pendens* situation can lead to compatible results; the main problem there is the duplication of time, effort and money. Inconsistent judgments, on the other hand, can result from causes of action in respect of subject matters which are different and may even arise when the parties are different as when one judgment condemns a guarantor to pay for a debt that as between the creditor and principal debtor has been annulled in another judgment. Nor is preference necessarily given to the inconsistent judgment which is prior in time or which results from proceedings which are instituted prior in time.

330 It is clear from the wording of the sub-paragraph that the court addressed may give preference to a local judgment even though the judgment of which recognition or enforcement is sought was earlier in time or resulted from proceedings instituted earlier in time. Although Articles 21 and 28(1) *a)* are intended to prevent such a situation occurring, the limited scope of Article 21 will not prevent it happening. Thus, since negative declarations are excluded in Article 21(6), a negative declaration obtained in the State addressed to the effect that the defendant was not in breach of contract may prevent the recognition or enforcement of a

[176] Compare the definition of "irreconcilable" given by the ECJ in *Hoffmann v. Krieg* (145/1986) [1988] *ECR*, p. 645 in relation to Art. 27 (3) of the Brussels Convention: "legal consequences that are mutually exclusive".

obligation contractuelle. Le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée dans le cadre de l'article 28 est nécessairement un jugement rendu sur le fondement de l'une des compétences posées par les articles 3 à 13 de la Convention, mais en revanche, le jugement inconciliable n'est pas nécessairement un jugement susceptible de bénéficier des dispositions du chapitre III. Il peut s'agir d'une décision prise au terme d'une procédure n'impliquant que des personnes habituellement résidentes dans l'État d'origine auquel le chapitre II ne s'applique pas ou bien d'une décision rendue sur le fondement d'une règle de compétence prévue par le droit national en application de l'article 17. Il ne peut, bien évidemment, s'agir d'une décision rendue dans un État contractant sur le fondement d'une compétence prohibée de l'article 18, dans la mesure où le tribunal d'origine, dans cette hypothèse, serait incompétent. De plus, le jugement local ne doit pas nécessairement être un jugement qui remplit les conditions de reconnaissance ou d'exécution au sens de l'article 25 au moment où la reconnaissance ou l'exécution de l'autre décision est demandée. Il n'est pas non plus nécessaire qu'il bénéficie de l'autorité de chose jugée ou soit exécutoire.

331 Le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut être inconciliable avec le jugement rendu dans un autre État si ce dernier est susceptible d'être reconnu ou exécuté dans l'État requis. Le fait qu'il ne soit pas mentionné que cet «autre État» doive être un État contractant montre que cette reconnaissance ou cette exécution ne sont pas simplement celles mentionnées au chapitre III. Partant, le jugement peut être susceptible de reconnaissance en application d'une autre convention ou en application du droit commun. C'est la possibilité de reconnaissance ou d'exécution qui est ici importante. Si la décision a déjà été reconnue ou exécutée dans l'État requis, il est évident que la disposition s'applique. Si tel n'est pas le cas, le jugement étranger inconciliable peut être invoqué si, au moment où la reconnaissance ou l'exécution de l'autre jugement est recherchée en application de l'article 25 dans l'État requis, le premier jugement semble susceptible, en application du droit de l'État requis, d'être reconnu ou exécuté. Dans une telle situation, l'antériorité de l'un des jugements peut être un facteur pertinent[177].

Lettre c) – *Incompatibilité avec les principes fondamentaux de procédure*

332 Cette lettre permet au tribunal requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution à un jugement incompatible avec les principes fondamentaux de procédure de l'État requis. Cette disposition, de toute évidence, doit faire l'objet d'une interprétation restrictive. Le fait que la procédure suivie devant le tribunal d'origine diffère de celle en vigueur dans l'État requis ne saurait constituer un motif de refus de reconnaissance[178]. Le droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial renvoie à des principes tout à fait fondamentaux et largement acceptés, comme par exemple l'obligation pour le tribunal d'entendre chaque partie au litige ou encore le principe selon lequel nul ne peut être juge et partie. La référence à ces solutions n'est pas destinée à décrire exhaustivement les questions couvertes par cette disposition, mais vise simplement à expliciter ce qui est entendu par «principes fondamentaux de procédure». Le fait que, dans de nombreux pays, certains jugements ne sont pas motivés, tout particulièrement les jugements rendus par défaut et ceux rendus au terme d'une procédure sommaire, ne doit pas en soi être un motif suffisant pour refuser la reconnaissance ou l'exécution de ces jugements, à moins que l'absence de motivation empêche le tribunal requis de procéder à la vérification de la compétence du tribunal d'origine. Dans ce cas, le tribunal requis peut demander de plus amples informations, en application de l'article 29(3).

333 La référence au tribunal indépendant et impartial est tirée de l'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies de 1966, qui dispose que «chacun a droit à être entendu de façon équitable et publique par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi»[179].

Lettre d) – *Défaut de notification*

334 Cette disposition permet au tribunal requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution si l'acte introductif d'instance n'a pas été notifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre. Cette disposition avait au départ été rédigée uniquement pour les jugements rendus par défaut. Toutefois, à une courte majorité, la Commission spéciale a décidé d'étendre le champ d'application de cet article à tous les jugements, y compris les jugements par défaut. Du fait de l'article 29(1) *b)*, une distinction subsiste : si le jugement a été rendu par défaut, il appartient à la partie demanderesse à la reconnaissance ou à l'exécution de prouver que l'acte introductif d'instance a bien été notifié à l'autre partie. Dans les autres situations, c'est à la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution de prouver que chaque condition de la lettre *d)* n'a pas été respectée. Cette disposition n'est pas sans présenter une certaine ressemblance avec celle de l'article 6 de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires*, mais d'importantes différences subsistent. Tout d'abord et avant tout, l'article 6 et d'autres dispositions similaires[180] ne s'appliquent qu'aux jugements rendus par défaut. La disposition a pour contrepartie l'article 20 du chapitre II, qui impose au tribunal d'origine de vérifier qu'une notification diligente a bien été effectuée. Comme il a été remarqué lors de l'analyse de cet article, l'affirmation du tribunal d'origine selon laquelle la notification a bien eu lieu n'est pas une constatation de fait relative à la compétence à laquelle s'applique l'article 27(2). Partant, le tribunal requis doit mener ses propres investigations si la question est à nouveau soulevée par le défendeur.

335 La lettre *d)* contient deux conditions séparées. Ce sont la notification de l'acte introductif d'instance ; et le fait que cette notification ait été faite en temps utile et de telle manière que le défendeur a pu organiser sa défense. Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, le jugement peut se voir refuser la reconnaissance ou l'exécution.

(i) – *Notification au défendeur*

336 Cette exigence vise l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent contenant les éléments essentiels de la demande qui doit être notifié au défendeur. Le fait que la notification au défendeur doive non seulement mentionner l'existence d'une procédure mais encore les éléments essentiels de la demande, constitue le cœur de cette disposition. Si tel n'est pas le cas, non seulement la notification sera considérée comme insuffisante, mais encore le défendeur ne sera pas en mesure de préparer sa défense.

337 À la différence de dispositions analogues dans d'autres conventions qui utilisent le terme anglais «*service*» pour rendre compte de la notification de l'acte introductif d'instance, ou exige que le défendeur soit informé conformément à la loi d'un État, la Commission spéciale a délibérément utilisé

[177] Comp. avec l'art. 5(3) de la Convention Exécution de 1971 et C.N. Fragistas, Rapport explicatif (*op. cit.* note 5), p. 382, § 8 IV 2.
[178] Cette solution a été dégagée par les États-Unis d'Amérique dès 1895 : *Hilton c. Guyot* 159 US 113 (1895).

[179] Voir aussi l'art. 6(1) de la *Convention européenne des droits de l'homme*.
[180] Voir aussi l'art. 6 de la Convention Divorce de 1970 et l'art. 27 (2) de la Convention de Bruxelles.

judgment for damages for breach of contract. Although Article 28 only applies to judgments sought to be recognised or enforced which have been given in the exercise of jurisdiction assumed pursuant to Articles 3 to 13 of the Convention, it appears from the context that the other inconsistent judgment need not be a judgment to which Chapter III applies. It can be a judgment arising from proceedings between persons habitually resident in the State of origin to which Chapter II does not apply or one given in the exercise of jurisdiction under national law under Article 17. It cannot, of course, be a judgment given in a Contracting State and based on a jurisdiction prohibited under Article 18 since the court of origin in that case would lack competence. Furthermore, the local judgment need not be one which at the time recognition or enforcement is sought meets the requirements for recognition or enforcement under Article 25. It need not yet have the effect of *res judicata* or be enforceable.

331 The judgment sought to be recognised or enforced may be inconsistent with the judgment of another State that is capable of being recognised or enforced in the State addressed. The omission of a requirement that the "other State" be a Contracting State indicates that such recognition or enforcement is not confined to recognition under Chapter III. Thus the judgment may be entitled to recognition or enforcement under another convention or under non-Conventional national law (*droit commun*). It is the potential of recognition or enforcement that is the relevant issue. If it has actually been recognised or enforced in the State addressed it obviously qualifies. If not, the foreign inconsistent judgment can be invoked, if at the time when recognition or enforcement of the judgment entitled to recognition or enforcement under Article 25 is sought in the State addressed, the first mentioned judgment could under the law of the State addressed be recognised or enforced. In this situation priority of the competing judgments in time may be a relevant consideration.[177]

Sub-paragraph c) – *Incompatibility with fundamental principles of procedure*

332 This sub-paragraph permits the court addressed to refuse recognition or enforcement to a judgment that is incompatible with fundamental principles of procedure of the State addressed. This provision must obviously be interpreted restrictively. It cannot be a basis for refusal that the procedures followed in the original court differ from those of the State addressed.[178] The right to be heard by an independent and impartial court refers to such fundamental and generally accepted principles as the duty of the court to hear each party to the cause and the principle that nobody can judge in his or her own cause. The reference to this right is not intended to be exhaustive of the matters covered by the sub-paragraph, but it gives an indication of what is meant by "fundamental principles of procedure". The fact that in many countries certain judgments, especially default judgments and those given in a summary procedure, are delivered without reasons should not by itself be a ground for refusal to recognise or enforce them, unless the absence of reasons prevents the court addressed from verifying the jurisdiction of the original court. In that case, the court addressed can require further information under Article 29(3).

333 The reference to an independent and impartial tribunal is derived from Article 14 of the 1966 United Nations *International Covenant on Civil and Political Rights* which provides that "everyone is entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law".[179]

Sub-paragraph d) – *Lack of notice*

334 Sub-paragraph *d)* permits the court addressed to refuse recognition or enforcement if the document instituting proceedings was not notified to the defendant in sufficient time to enable the defendant to arrange for the defence. The provision was originally drafted so as to apply only to default judgments. However, the Special Commission by a narrow majority resolved to extend the scope of the provision to all judgments, including default judgments. A distinction remains by virtue of Article 29(1) *b)*: if the judgment was rendered by default, the party seeking to have it recognised or enforced carries the burden of proving that the document instituting proceedings was notified to the other party. Otherwise, the burden of establishing that either or both of the conditions of sub-paragraph *d)* were not fulfilled rests with the party opposing recognition or enforcement. The provision bears some likeness to that found in Article 6 of the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*, but there are substantial differences, first and foremost amongst them that Article 6 and similar provisions[180] all apply only to default judgments. The provision has its counterpart in Article 20 in Chapter II which imposes an obligation on the court of origin to verify that timely notification to the defendant has taken place. As pointed out in relation to that Article, a finding by the court of origin that timely notification has taken place is not a jurisdictional finding to which Article 27(2) applies. Hence, the court addressed must make its own investigation if the issue is raised again by the defendant.

335 Sub-paragraph *d)* contains two separate conditions. They are the notification of the document instituting proceedings to the defendant; and in sufficient time and in such a way as to enable the defendant to arrange for the defence. If either of those conditions is not fulfilled, the judgment may be denied recognition or enforcement.

(i) – Notification to the defendant

336 The sub-paragraph requires that the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including the essential elements of the claim, be notified to the defendant. It is of the essence of this provision that the defendant be notified not merely of the fact that the proceedings have been instituted but also of the essential elements of the claim made against the defendant. If this is not done, not only will the notification be insufficient but also the defendant will not be able to prepare a defence.

337 Unlike similar provisions in other conventions which refer to "service" of the documents upon the defendant or require that the defendant receive notice in accordance with the law of a State, the Special Commission deliberately used the

[177] Compare 1971 Enforcement Convention Art. 5(3) and C.N. Fragistas, Explanatory Report (*op. cit.* note 5), p. 382, §8 IV.2.
[178] This was acknowledged in the United States of America as early as 1895, see: *Hilton v. Guyot* 159 US 113 (1895).

[179] See also the *European Convention on Human Rights*, Art. 6(1).
[180] See the 1970 Divorce Convention, Art. 6, and Brussels Convention, Art. 27 (2).

le terme «*notified*», qui est dépourvu de sens technique en anglais, dans le but d'éviter toute référence à un droit national. De la même façon, le terme «notifié», utilisé en français et qui, pour sa part, a bien un sens technique précis, doit être entendu en un sens ordinaire et non juridique. Ce qui signifie que cette exigence vise avant tout à résoudre une question d'ordre factuel: le défendeur a-t-il été informé de la naissance d'une procédure contre lui et a-t-il été informé des éléments essentiels de cette procédure? Le problème n'est pas de savoir si les règles de notification d'un droit national ou les règles de la Convention Notification ont été respectées. Partant, une notification par remise au parquet ou une procédure de «*substituted service*» ne seront pas suffisantes, même si elles peuvent être autorisées par le droit national[181]. Les termes «notifié au» montrent que le défendeur doit avoir été mis en mesure d'apprendre l'existence de la demande; ils ne supposent pas que le défendeur se soit effectivement rendu compte du contenu des documents qui lui ont été fournis[182]. Mais si n'est pas donnée au défendeur l'opportunité de prendre connaissance de la documentation qui lui est fournie, même si c'est en raison de son propre refus d'accepter la livraison de ces documents, la notification n'est pas considérée comme ayant eu lieu[183]. Cependant, comme on a déjà pu le remarquer, le tribunal requis a la faculté de reconnaître ou d'exécuter le jugement malgré l'absence de notification en temps utile.

(ii) – Notification en temps utile

338 L'exigence selon laquelle la notification doit avoir été réalisée en temps utile et de telle manière que le défendeur puisse organiser sa défense se trouve déjà dans l'article 15 de la Convention Notification. Depuis, cette exigence a été maintes fois répétée dans de nombreuses autres conventions, et tout particulièrement dans l'article 6 de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires* et l'article 27 (2) de la Convention de Bruxelles. La question de savoir si la notification a été faite en temps utile est une question de pur fait, qui dépendra des circonstances de chaque espèce. Le respect ou le non-respect des règles nationales de procédure du tribunal d'origine peut servir d'indice, mais n'est pas en lui-même suffisant. L'absence de familiarité avec le droit local, avec la langue, les difficultés à trouver un avocat convenable peuvent avoir pour conséquence que le défendeur devra bénéficier d'un délai plus long que celui qui est prévu dans le droit national ou qui résulte de la pratique dans l'État d'origine. La notification doit également avoir été faite «de telle manière» que le défendeur puisse organiser sa défense. Une telle précision peut conduire à exiger une traduction exacte des documents rédigés dans une langue que le défendeur ne maîtrise probablement pas[184].

339 Comme il a déjà été remarqué, la lettre *d)* s'applique à une décision rendue au terme d'une procédure à laquelle le défendeur a participé. En principe, il est possible de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution même si le défendeur a comparu au fond sans contester la compétence au sens de l'article 5. Il est toutefois évident que dans ce cas, la charge de la preuve pesant sur le défendeur sera lourde, puisqu'il devra prouver qu'il n'a pas été en mesure d'assurer sa défense, particulièrement s'il a participé à la procédure sans contester la compétence. La lettre *d)* ne doit pas être lue comme une invitation pour le tribunal de l'État requis de statuer à nouveau au fond sur la demande formée devant le tribunal d'origine. Une telle solution irait à l'encontre des objectifs de la Convention, qui vise à mettre en place une technique d'exécution des jugements à la fois efficace et certaine. Partant, le défendeur ne devra pas simplement prouver que la notification n'a pas été suffisante, mais il devra encore établir que ce défaut l'a effectivement privé d'une réelle possibilité de se défendre ou d'invoquer certaines preuves qui, de façon certaine et non seulement potentielle, auraient pu conduire à un résultat au fond substantiellement différent. Si tel n'est pas le cas, il n'est pas possible d'estimer que le défendeur n'a pas été mis en mesure de se défendre.

Lettre e)

340 Cette disposition permet au tribunal requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution si le jugement résulte d'une fraude commise dans la procédure. Une disposition analogue se trouve à l'article 5(2) de la Convention Exécution de 1971. La fraude visée est celle qui a été commise pendant la procédure ayant donné lieu au jugement. Il peut s'agir d'une fraude à la compétence du tribunal, résultant parfois d'une collusion entre les parties. Le plus souvent, il s'agit d'une fraude commise par l'une des parties à la procédure envers le tribunal ou l'autre partie dans le but de produire des preuves inexactes ou de supprimer délibérément des preuves matérielles. La fraude implique une volonté délibérée; la simple négligence ne saurait suffire. Le tribunal requis doit aussi vérifier si et dans quelle mesure la partie qui s'oppose à l'exécution pouvait obtenir une sanction de la fraude dans le pays d'origine.

341 La disposition ne résout pas la divergence d'interprétation qui est apparue entre certains pays de *common law* portant sur la question de savoir si le terme «fraude» comprend à la fois la fraude «extrinsèque», c'est-à-dire une fraude qui n'a été découverte par la partie qui l'invoque que postérieurement au jugement initial et la fraude «intrinsèque», c'est-à-dire la fraude qui est alléguée avec une certaine vraisemblance par une partie qui en était consciente et a soulevé l'objection devant le tribunal d'origine[185]. En tout état de cause, une solution qui permettrait en pratique au tribunal requis de réexaminer des questions tranchées par le tribunal d'origine contredirait à la fois le principe général d'interdiction de la révision et la confiance mutuelle que doivent s'accorder entre eux les États contractants. De plus, si la partie qui s'oppose à la reconnaissance ou à l'exécution a effectivement soulevé la question de la fraude dans l'État du tribunal d'origine et que ce tribunal a rejeté ses allégations, cette décision de rejet est elle-même susceptible d'être reconnue en application des règles de la Convention.

Lettre f) – *Ordre public*

342 La lettre *f)* permet au tribunal requis de refuser la reconnaissance ou l'exécution si cette reconnaissance ou cette exécution est manifestement contraire à l'ordre public de l'État requis. Cette disposition appelle quelques remarques.

343 En premier lieu, la Commission spéciale a décidé d'aborder séparément certaines questions de procédure dans les lettres *c)*, *d)* et *e)* qui, à défaut, pourraient être considérées comme relevant de l'ordre public. Bien que la catégorie «ordre public» ne puisse être définie à l'avance, il est

[181] Voir, par exemple, CJCE, *Debaecker c. Bouwman* (49/84), *Rec.* 1985, p. 1779.
[182] Voir la décision *Hof Amsterdam*, 20 juillet 1962, *NIPR* 1992, No 315, en résumé dans M. Sumampouw (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome V (*op. cit.* note 15), p. 26.
[183] Voir C.N. Fragistas, Rapport explicatif (*op. cit.* note 5), § 10 III 4 (c), p. 384. Voir aussi la décision rendue par le *Hoge Raad*, 20 mai 1994, *NIPR* 1994, No 356; *NJ* 1994 589; en résumé dans M. Sumampouw (dir.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, tome V (*op. cit.* note 15), p. 27 (un défendeur refuse d'accepter la notification qui lui est faite et la personne chargée de cette notification remporte les documents avec lui. Jugé qu'il n'y avait pas eu de notification au sens de l'art. 6 de la Convention Aliments – Exécution de 1973).
[184] Voir Cour de Tokyo, 26 mars 1990; *Kinhan* No 857, 39; *JURI* No 980, 268; *JDI* 1995, 405, en résumé dans M. Sumampouw (dir.) (*ibid.*), p. 362 (Acte de procédure américain et demande rédigée en anglais notifiée au défendeur japonais en application de la Convention Notification sans traduction. Jugé que la notification n'avait pas permis au défendeur de se défendre).
[185] L'approche la plus large a été adoptée au Royaume-Uni: *Owens Bank Ltd c. Bracco* [1992] 2 AC 443; l'approche restrictive, au Canada: *Jacobs c. Beaver* (1908) 17 *OLR* 496 et en Australie *Keele c. Findley* (1991) 21 *NSWLR* 444.

English word "notified" which has no technical meaning in English in order to avoid references to national law. Accordingly the French word "*notifié*", which does have a technical legal meaning, should be read in its ordinary non-legal sense. This means that the condition raises a factual issue: was the defendant actually given notice of the institution of proceedings, including the essential elements of the claim, against him or her? Compliance or non-compliance with the rules for service, either pursuant to national law or the Service Convention, is not the test. Thus, notional service pursuant to an order for substituted service or notification "*par remise au parquet*" will not suffice, even though it may be authorised under national law.[181] The words "notified to" indicate that the defendant must have been placed in a position to inform him- or herself of the claim; they do not require that the defendant actually become aware of the contents of the documentation provided.[182] But, if the defendant is not given the opportunity of reading the documentation, even if this is due to his or her own refusal to accept the document, notification will not have taken place.[183] However, as has been pointed out above, the court addressed has a discretion to permit recognition or enforcement of the judgment despite the absence of timely notification.

(ii) – Notification in sufficient time

338 The requirement that notification be effected in sufficient time to enable the defendant to defend is already found in Article 15 of the Service Convention. The requirement is repeated in a number of other Conventions, most notably the *Hague Convention of 2 October 1973 on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations*, Article 6, and the Brussels Convention, Article 27 (2). The test of whether notification has been given in sufficient time is purely a question of fact which will depend on the circumstances of each case. Compliance or non-compliance with the procedural rules of the original court may afford guidance, but cannot be conclusive. Unfamiliarity with the local law and language and problems in finding a suitable lawyer may require a longer period than is prescribed under the law and practice of the original court. The notification must also be effected "in such a way" as to enable the defendant to arrange the defence. This may require that documents written in a language which the defendant is unlikely to understand will have to be accompanied by an accurate translation.[184]

339 As mentioned before, sub-paragraph *d)* applies to a judgment which resulted from proceedings in which the defendant did participate. In principle the enforcement or recognition of a judgment could be opposed even though the defendant proceeded on the merits without contesting the jurisdiction under Article 5. It is clear that the burden upon the defendant to show that he or she lacked the opportunity to defend must be substantial, especially if the defendant participated in the proceedings without protest. Sub-paragraph *d)* cannot be read as an invitation to re-litigate in the court addressed the merits of the case before the original court. That would defeat the aims of the Convention to provide for an effective and certain method of enforcement of judgments. Thus the defendant would have to show not merely that notice was insufficient, but that this defect actually deprived him or her of a substantial defence or evidence which, as a matter of certainty and not merely of speculation, would have made a material difference to the outcome of the litigation. For, if this is not the case, it cannot be said that he or she was not enabled to arrange the defence.

Sub-paragraph e)

340 Sub-paragraph *e)* permits the court addressed to refuse recognition or enforcement if the judgment was obtained by fraud in connection with a matter of procedure. A similar provision is found in Article 5(2) of the 1971 Enforcement Convention. This refers to a fraud committed in the course of the proceedings in which the judgment was obtained. It can be a fraud, which is sometimes collusive, as to the jurisdiction of the court. More often, it is a fraud practised by one party to the proceedings on the court or on the other party by producing false evidence or deliberately suppressing material evidence. Fraud involves a deliberate act; mere negligence does not suffice. The court addressed should also consider to what extent it was open to the party resisting enforcement to seek relief in the State of origin.

341 The provision does not resolve the difference of approach which has arisen between some common law countries as to whether the term "fraud" covers both "extrinsic fraud", that is to say, a fraud which the complaining party only discovered after the original trial, and "intrinsic fraud", that is to say, any credible allegation of a fraud committed by the other party even if the complaining party was aware of it and raised it at the original trial.[185] However, an approach which in effect would permit the re-examination of matters already decided by the original court offends both against the general prohibition of a re-examination of the merits and the general trust which courts of Contracting States should have in each other. Furthermore, if the party opposing recognition or enforcement did in fact raise the issue of fraud in the State of the original court and this issue was decided against him or her, that decision itself may be entitled to recognition under the Convention.

Sub-paragraph f) – *Public policy*

342 Sub-paragraph *f)* permits a court to refuse recognition or enforcement of the judgment because such recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the State addressed. A few points should be made about this provision.

343 In the first place, the Special Commission has decided to make specific provision in relation to procedural matters in sub-paragraphs *c)*, *d)* and *e)* which in the absence of those provisions could be considered as embraced within the category of public policy. Although the categories of public

[181] See by way of example, *Debaecker v. Bouwman* (49/84) [1985] *ECR*, p. 1779.
[182] See decision of *Hof* Amsterdam, 20 July 1962, *NIPR* 1992 No 315; abstracted in M. Sumampouw (ed.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tome V (*op. cit.* note 15), p. 26.
[183] See C.N. Fragistas, Explanatory Report (*op. cit.* note 5), §10 III.4(c) at p. 384. See, also, the decision of the Dutch *Hoge Raad*, 20 May 1994, *NIPR* 1994 No 356; *NJ* 1994 589; abstracted in M. Sumampouw (ed.), *Les nouvelles Conventions de La Haye*, Tome V (*op. cit.* note 15), p. 27 (defendant refuses to accept document from process server and the process server takes the document back with him. Held: no notification under Art. 6 of the 1973 Maintenance – Enforcement Convention).
[184] See Tokyo Court, 26 March 1990; *Kinhan* No 857, 39; *JURI* No 980, 268; *JDI* 1995, 405; abstracted in M. Sumampouw (ed.) (*ibid.*), p. 362 (U.S. summons and complaint in English served on Japanese defendant pursuant to Service Convention without translation. Held: not sufficient to give defendant the opportunity to defend).

[185] The wider approach has been adopted in the United Kingdom: *Owens Bank Ltd v. Bracco* [1992] 2 AC 443; the narrower approach was adopted in Canada: *Jacobs v. Beaver* (1908) 17 OLR 496, and in Australia: *Keele v. Findley* (1991) 21 *NSWLR* 444.

nécessaire que les tribunaux n'admettent qu'avec réticence de qualifier d'autres imperfections procédurales, par exemple, une importante différence de la procédure suivie devant le tribunal d'origine, comme étant contraires à l'ordre public.

344 En second lieu, l'avant-projet de Convention, dans son article 33, aborde spécifiquement la question des dommages et intérêts non compensatoires et excessifs. C'est cette règle qui doit être appliquée, plutôt que la disposition générale relative à l'ordre public.

345 En troisième lieu, c'est l'effet concret de la reconnaissance et de l'exécution du jugement qui doit être contraire à l'ordre public, et non la loi sur la base de laquelle a été rendu le jugement. Cette solution est connue à la fois des pays de tradition romano-germanique et des pays de *common law*[186].

346 Enfin, la reconnaissance ou l'exécution doit être, conformément aux termes consacrés à La Haye, «manifestement» incompatible avec l'ordre public. L'utilisation de ce terme indique que l'arme du refus de reconnaissance doit être utilisée rarement et en dernier ressort. Le fait que le tribunal d'origine a appliqué une loi différente de celle que le tribunal requis aurait appliquée ne saurait être un motif suffisant. Ne doit pas non plus suffire le fait que le tribunal étranger a commis une erreur de fait ou de droit, à moins que cette erreur ne résulte d'une fraude, même en cas de mauvaise application de la loi du tribunal requis. Tous ces exemples sont couverts par le principe de la prohibition de la révision, énoncé dans l'article 28(2).

Paragraphe 2 – Révision au fond

347 Le paragraphe 2 pose comme principe général l'interdiction de toute révision au fond. Malgré le choix d'introduire cette disposition au sein de l'article 28, il est clair qu'elle s'applique à l'ensemble du chapitre II, et peut-être faudrait-il envisager de lui accorder une place plus importante, en lui consacrant un article séparé. Le principe posé est fondamental : la Convention manquerait son objectif si le tribunal requis pouvait à nouveau s'intéresser aux questions qui ont servi de fondement à la décision rendue par le tribunal étranger. Pour cette raison, le tribunal requis ne doit pas se pencher sur les conclusions de fait ou de droit auxquelles est parvenu le tribunal étranger, non plus que sur la loi qu'il a appliquée.

348 Ce principe est toutefois posé «sous réserve de ce qui est nécessaire pour l'application des dispositions de ce chapitre», c'est-à-dire du chapitre III. Dans le chapitre III, il y a en effet plusieurs cas dans lesquels le tribunal requis peut, et parfois doit, reconsidérer la décision rendue par le tribunal d'origine.

349 En premier lieu, en application de l'article 27, il doit vérifier la compétence du tribunal d'origine. Si le jugement n'a pas été rendu par défaut et si le tribunal d'origine a constaté certains faits sur lesquels il a fondé sa compétence, cette vérification se limitera à l'étude du raisonnement juridique mis en œuvre par le tribunal d'origine pour établir sa compétence. Si le jugement dont la reconnaissance ou l'exécution est recherchée est un jugement rendu par défaut ou si le tribunal d'origine n'a constaté aucun fait pour fonder sa compétence, la vérification faite par le tribunal requis s'étend aux faits permettant de fonder la compétence. Dans ce cas, la révision de certains aspects de la décision étrangère est obligatoire.

[186] Voir P. Mayer, *Droit International Privé*, 6e éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 249 à 251. La même solution est sous-jacente dans la décision anglaise *Saxby c. Fulton* [1909] 2 *KB* 206 (décision portant sur une dette de jeu contractée à Monaco et reconnue en Angleterre, bien qu'à l'époque le jeu ait été considéré comme contraire à l'ordre public anglais).

350 En second lieu, le tribunal requis peut devoir opérer une révision au fond de la décision du tribunal d'origine pour l'application de l'article 28(1), et tout particulièrement pour la mise en œuvre des lettres *e)* et *f)*. Comme on l'a déjà fait remarquer lors de l'analyse de ces dispositions, un soin particulier doit être mis en œuvre pour que les occasions de mettre en œuvre cette révision restent exceptionnelles et ne se substituent pas au principe général d'interdiction.

351 Enfin, en application de l'article 33(2), le tribunal requis pourra reconsidérer les dommages et intérêts accordés par le tribunal d'origine. Ici encore, ceci doit être considéré comme une procédure exceptionnelle, qui ne doit pas être mise en œuvre simplement parce que le tribunal requis considère que les dommages et intérêts accordés sont importants aux yeux des solutions généralement suivies dans l'État du for de reconnaissance. De plus, la révision, en application de l'article 33(2) ne concerne pas les faits sur le fondement desquels ont été accordés des dommages et intérêts.

Article 29 – Pièces à produire

Paragraphes 1 à 3

352 Cet article décrit les pièces que la partie qui invoque la reconnaissance d'un jugement étranger ou qui en demande l'exécution doit produire devant le tribunal saisi. La liste reprend dans une large mesure celle qui figure à l'article 13 de la Convention Exécution de 1971, avec quelques modifications qui tiennent compte de la préoccupation de la Commission spéciale de réduire au minimum le fardeau pour le requérant.

a) En premier lieu, le requérant doit produire une copie intégrale du jugement, certifiée conforme. C'est une production nécessaire, s'agissant du titre à reconnaître.

b) La deuxième pièce indiquée dans la liste est le document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été notifié au défendeur. Il n'est à produire que s'il s'agit de la reconnaissance ou de l'exécution d'un jugement par défaut. Cette restriction peut sembler en contradiction avec la disposition de l'article 28, paragraphe 1, lettre *d)*, selon laquelle le défaut de notification de l'acte introductif d'instance au défendeur constitue un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution du jugement même dans le cas où la décision a été rendue à la suite d'une procédure contradictoire. La contradiction n'est toutefois qu'apparente, car on peut présumer, lorsque le jugement n'est pas par défaut, que le défendeur a été atteint par l'acte introductif d'instance. Ce sera au défendeur de soulever la question de la notification ou, le cas échéant, au tribunal saisi de demander le document aux termes du paragraphe 3. On remarquera que le texte ne reprend pas le mot «régulièrement» qui figure dans l'article 13 de la Convention Exécution de 1971 à propos de la notification, réduisant ainsi sensiblement le fardeau pour le requérant, auquel il suffira d'établir que l'acte a atteint le défendeur de telle manière qu'il a été mis en mesure de se défendre[187].

c) Le requérant doit en outre produire tout document qui permette d'établir que le jugement a l'autorité de la chose jugée dans l'État d'origine ou, le cas échéant, qu'il est exécutoire dans cet État[188].

d) La Convention Exécution de 1971 prévoyait la production d'une traduction des documents mentionnés dans la liste,

[187] À cet égard, voir les développements ci-dessus au sujet de l'art. 28, para. 1 *d)*.
[188] Voir les développements ci-dessus au sujet de l'art. 25.

policy cannot be defined in advance, courts should be reluctant to admit other perceived procedural defects, such as substantial differences in the procedure followed by the original court, as offending against public policy.

344 Secondly, the preliminary draft Convention in Article 33 deals specifically with non-compensatory and excessive damages. The provisions of that Article should be relied upon rather than the general public policy provision.

345 Thirdly, it is the effect of the recognition or enforcement of the judgment in the State requested which should be incompatible with its public policy rather than the law on which the judgment is based. This principle is known both to common and civil law.[186]

346 Finally, recognition or enforcement must be, in the hallowed Hague words, "manifestly" incompatible with public policy. This indicates that the weapon of refusal must be rarely invoked and only as a last resort. The fact that the original court applied a law different to that which the court addressed might have applied should not suffice. Nor should the fact that the foreign court made a mistake as to the facts or of the law, unless induced by fraud, be a ground for refusal, even if it misapplied the law of the court addressed. These are all covered by the principle that there should not be a re-examination of the merits, as enunciated in Article 28(2).

Paragraph 2 – Review of the merits

347 Paragraph 2 provides as a general principle that there shall be no review of the merits. Despite the placing of this provision as part of Article 28, it is clear that it applies to the whole of Chapter III and consideration should be given to placing it in a more prominent position as a separate article. The principle is a fundamental one: there would be little purpose in the Convention if the court addressed could re-investigate the basis upon which the original court reached its decision. For that reason, the court addressed should not concern itself with the conclusions as to fact or law reached by the original court or the law applied by it.

348 The principle is qualified with the words "without prejudice to such review as is necessary for the purpose of application of this Chapter", that is to say, Chapter III. Under Chapter III there are a number of situations where the court addressed may, and even must, re-consider the decision of the original court.

349 In the first place, under Article 27 it must verify the jurisdiction of the original court. In relation to a judgment which is not a default judgment, that verification will be limited to a consideration of the conclusion of law as regards the jurisdiction of the original court, if that court has made findings as to the facts on which its jurisdiction is based. If the judgment sought to be enforced or recognised is a default judgment or no findings of jurisdictional facts were made by the original court, the verification also extends to the jurisdictional facts. In this instance review of those aspects of the foreign decision is mandatory.

[186] See P. Mayer, *Droit International Privé*, 6th ed., Paris, Montchrestien, 1998, pp. 249-251. The same principle underlies the English decision in *Saxby v. Fulton* [1909] 2 KB 206 (judgment for a gambling debt incurred in Monaco was enforced in England even though gambling at that time was considered to be contrary to English public policy).

350 Secondly, the court addressed may have to review the merits of the decision of the original court for the purposes of Article 28(1), particularly sub-paragraphs *e)* and *f)*. As remarked earlier in relation to those provisions, care must be taken to confine the occasions for such a review lest the exceptions displace the general rule.

351 Finally, under Article 33(2) the court addressed may have to re-consider the damages awarded by the original court. Again this must be seen as an exceptional procedure which is not to be invoked merely because the court addressed considers the damages awarded to be high by its own domestic standards. Furthermore, the review under Article 33(2) does not extend to the facts on which the award of damages is based.

Article 29 – Documents to be produced

Paragraphs 1 to 3

352 This Article describes the documents which the party seeking recognition or enforcement of a foreign judgment has to produce to the court seised. To a large extent, the list reproduces the one included in Article 13 of the 1971 Enforcement Convention, with some changes to take account of the Special Commission's concern to reduce to a minimum the burden placed on the applicant.

a) In the first place, the applicant has to produce a complete and certified copy of the judgment. This is a necessity, because it is the document on which the entitlement to recognition is based.

b) The second document in the list is the one establishing that the summons, or an equivalent document, was served upon the defendant. It only has to be produced in the case of recognition or enforcement of a default judgment. This restriction may seem to conflict with the provision in Article 28, paragraph 1 *d)*, whereby failure to serve the summons on the defendant is a ground for refusing to recognise or enforce the judgment, even in a case where the decision was handed down following a hearing of both parties. However, the contradiction is no more than apparent, since it may be presumed, when it is not a default judgment, that the defendant has received the summons. It will be for the defendant to raise the question of service of the document, or for the court seised, where appropriate, to call for the document to be produced, in accordance with paragraph 3. It will be noted that the text does not use the word "duly" which appears in connection with service of the summons in Article 13 of the 1971 Enforcement Convention; this considerably reduces the burden on the applicant, who only has to show that the document reached the defendant in such a way as to enable him to prepare his defence.[187]

c) The applicant must also produce all documents which are required to establish that the judgment is *res judicata* in the State of origin or, as the case may be, is enforceable in that State.[188]

d) The 1971 Enforcement Convention stipulated the production of a translation of the documents mentioned in the

[187] See the comments above concerning Art. 28, para. 1 *d)*.
[188] See the comments above concerning Art. 25.

« sauf dispense de l'autorité requise ». La nouvelle disposition, au contraire, ne la prévoit que « si le tribunal requis l'exige ». La production n'est donc pas la règle et n'interviendra que lorsque le juge requis nécessite vraiment de disposer d'une traduction pour apprécier le contenu des autres documents présentés par le requérant. En outre, même lorsqu'elle est demandée, la traduction doit être simplement établie par une personne habilitée à cet effet, et non certifiée conforme par une autorité diplomatique ou consulaire, ou par un traducteur juré.

353 De toute façon, selon le paragraphe 2, la production des documents ne peut pas être subordonnée à leur légalisation ou autre formalité analogue. L'avant-projet de Convention se rallie en cela à une pratique bien établie dans le cadre des Conventions de La Haye[189].

354 En vertu du troisième paragraphe, lorsque le tribunal requis n'est pas en mesure de vérifier, sur la base du contenu du jugement, que les conditions prévues par le chapitre sur la reconnaissance et l'exécution sont remplies, il peut exiger la production de tout autre document utile. Plutôt que d'alourdir la liste des documents à produire, et d'imposer au requérant aussi la production de documents qui pourraient être superflus pour l'appréciation du tribunal requis, la Commission spéciale a estimé préférable de limiter la liste aux documents essentiels et de laisser un certain pouvoir discrétionnaire au tribunal d'indiquer quels documents lui sont vraiment nécessaires pour se prononcer.

Article 30 – Procédure

355 Cette disposition soumet la procédure pour obtenir la reconnaissance, l'exequatur ou l'enregistrement aux fins d'exécution, ainsi que l'exécution elle-même, au droit de l'État requis. Le renvoi au droit national en matière de procédure correspond à la pratique courante des conventions internationales relatives à l'exécution des jugements et a été retenu sans hésitation par la Commission spéciale, cette dernière ayant estimé difficile d'envisager une procédure d'exequatur uniforme simplifiée[190] dans une convention de caractère mondiale. La seule indication commune se retrouve dans la disposition selon laquelle le tribunal requis est tenu d'agir rapidement. Cette disposition oblige les États contractants à utiliser en matière de reconnaissance, d'exequatur et d'exécution la procédure la plus rapide dont ils disposent dans leur droit national et, le cas échéant, à rendre plus rapides les procédures existantes. Il semble utile de souligner encore à cet égard que, bien qu'une disposition conventionnelle en ce sens n'ait pu être adoptée par la Commission spéciale[191], le renvoi aux procédures nationales implique également que dans les États où aucune procédure n'est requise pour la reconnaissance des jugements étrangers[192], celle-ci puisse avoir lieu automatiquement sans l'intervention d'une autorité judiciaire ou autre.

Article 31 – Frais de procédure

356 Cet article règle la question de la caution pour garantir le paiement des frais de procédure et reprend la position traditionnelle[193] selon laquelle aucune caution ne peut être demandée à ce titre au requérant au seul motif qu'il est ressortissant d'un autre État contractant ou a sa résidence habituelle dans un autre État contractant. Il n'efface donc pas totalement la possibilité de l'imposition d'une caution, tout en la limitant aux situations où le requérant n'a pas de lien avec un État contractant. La disposition est applicable tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales.

Article 32 – Aide judiciaire

357 Ce texte traite du problème de l'accès à l'assistance judiciaire des personnes impliquées dans une procédure de reconnaissance ou d'exécution d'un jugement étranger. Sa solution pose la question du droit applicable à la détermination des personnes qui peuvent bénéficier de l'assistance et du contenu de l'assistance[194]. L'avant-projet de Convention soumet les deux questions à l'État requis, qui est obligé d'appliquer aux personnes résidant à l'étranger les mêmes conditions d'accès au bénéfice de l'aide judiciaire que celles applicables aux personnes ayant leur résidence habituelle dans l'État requis, pourvu qu'elles aient leur résidence habituelle dans un État contractant.

Article 33 – Dommages et intérêts

358 Le « cauchemar » de l'exécution des décisions accordant des dommages et intérêts punitifs ou excessifs, spécialement ceux accordés par des jurys civils américains, a été soulevé dès le début des discussions au sein de la Commission spéciale réunie en juin 1994 pour étudier la faisabilité d'une convention. De très nombreux experts, y compris ceux d'autres pays de *common law*, se sont inquiétés de cette question. À cette session a été émise l'idée selon laquelle il serait préférable d'adopter un motif de refus total ou partiel d'exécution spécifique aux décisions accordant des dommages et intérêts punitifs ou d'un montant excessif, plutôt que de s'en remettre simplement à l'exception d'ordre public[195].

359 Cet article contient deux dispositions différentes : le paragraphe 1 porte sur la reconnaissance et l'exécution de dommages et intérêts non compensatoires, alors que le paragraphe 2 porte sur la reconnaissance et l'exécution de dommages et intérêts compensatoires. Le paragraphe 3 s'applique aux deux dispositions précédentes. Si l'article 33 n'avait pas été inséré dans la Convention, il aurait été possible d'invoquer l'exception d'ordre public pour empêcher la reconnaissance ou l'exécution de dommages et intérêts punitifs ou excessifs. Dans la mesure où la Convention contient une disposition spécifique sur ce point, qui peut refléter des considérations d'ordre public, l'utilisation de l'exception d'ordre public de l'article 28(1) *f)* pour ajouter ou modifier les dispositions de l'article 33 est interdite. Comme il sera expliqué plus loin, l'article 33 doit être lu au regard du principe exprimé par l'article 28(2) selon lequel le tribunal requis ne doit procéder à aucune révision au fond. En conséquence, toute révision rendue nécessaire par le jeu de l'article 33 doit demeurer exceptionnelle.

Paragraphe 1 – Dommages et intérêts non compensatoires

360 Le paragraphe 1 est rédigé en termes positifs. Il oblige le tribunal d'un État contractant à reconnaître l'allocation de dommages et intérêts non compensatoires, y compris les dommages et intérêts exemplaires ou punitifs, au moins à concurrence du montant des dommages et intérêts similaires ou comparables qui auraient pu être accordés dans l'État

[189] À partir de la *Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants* (art. 9).
[190] Selon l'exemple des Conventions de Bruxelles et de Lugano.
[191] Rapport de séance No 69 du 17 juin 1999, p. 2.
[192] Par exemple l'Italie, aux termes de l'art. 64 de la Loi No 218 du 31 mai 1995. Voir F. Pocar, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 74.
[193] Voir déjà l'art. 17 de la *Convention de La Haye du premier mars 1954 relative à la procédure civile*.
[194] Voir en ce sens C.N. Fragistas, Rapport explicatif (*op. cit.* note 5), p. 386.
[195] « Conclusions de la Commission spéciale de juin 1994 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. prél. No 2 de décembre 1995 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1996 sur la question de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (accessible à l'adresse <www.hcch.net>, également publié comme Doc. prél. No 1 d'août 1994, *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome I, *Matières diverses*, p. 62 à 68), No 37.

list "unless the authority addressed otherwise requires". The new provision, by contrast, only stipulates this "if the court addressed so requires". A translation is not therefore compulsory and will be made only if the court addressed really needs one in order to understand the other documents submitted by the applicant. Moreover, when a translation is required it should be made simply by a person qualified to do so, and need not be certified by a diplomatic or consular agent or by a sworn translator.

353 In any event, according to paragraph 2 the production of the documents may not be made subject to legalisation or other similar formality. Here the preliminary draft Convention reflects a practice which is well established in the framework of the Hague Conventions.[189]

354 According to paragraph 3, if the court addressed is unable to verify from the terms of the judgment that the conditions laid down in the Chapter on recognition and enforcement have been met, it may require the production of any other necessary documents. Rather than add to the list of documents to be produced, thus compelling the applicant to produce documents which might be superfluous to the needs of the court addressed, the Special Commission preferred to limit the list to essential documents, and leave the court a margin of discretion to state which documents it really needs in order to make its decision.

Article 30 – Procedure

355 This provision subjects the procedure for obtaining recognition, a declaration of enforceability or registration for enforcement, as well as enforcement itself, to the national law of the State addressed. The *renvoi* to national law corresponds to the current practice of international conventions on enforcement of judgments, and was unhesitatingly adopted by the Special Commission, which felt it would be difficult to devise a simplified uniform procedure for obtaining a declaration of enforceability[190] in a worldwide convention. The only common indicator is the requirement for the court addressed to act expeditiously. This obliges Contracting States to use, for the purposes of recognition, declarations of enforceability and enforcement, the most rapid procedure they possess in their national law and, where appropriate, to speed up existing procedures. It should perhaps be pointed out here that although the Special Commission was unable to adopt a treaty provision for this purpose,[191] the *renvoi* to national procedures also implies that in States where no procedure is required for the recognition of foreign judgments,[192] it may take place automatically without intervention by a judicial or other authority.

Article 31 – Costs of proceedings

356 This Article governs the question of security which may be required in order to guarantee payment of the costs of proceedings. It reflects the traditional view[193] that no payment of this kind may be required from the applicant for the sole reason that he / she is a national of another Contracting State or has his / her habitual residence in another Contracting State. The possibility of a security payment being required is not therefore entirely removed, but it is limited to situations in which the applicant has no connection with a Contracting State. The clause applies to both natural and legal persons.

Article 32 – Legal aid

357 This text deals with the problem of access to legal aid for persons involved in proceedings for recognition or enforcement of a foreign judgment. This raises the issue of which law is applicable in deciding which individuals may benefit from legal aid, and what it should consist of.[194] The preliminary draft Convention places the responsibility for both issues on the State addressed, which is bound to apply to persons residing abroad the same conditions for access to legal aid as to persons habitually resident in the State addressed, provided their habitual residence is in a Contracting State.

Article 33 – Damages

358 The "nightmare" of having to enforce awards for excessive and punitive damages, especially those rendered by civil juries in the United States of America, was raised at the outset of the discussions in the Special Commission convened in June 1994 to consider the feasibility of a convention. Many experts, including those from other common law jurisdictions, expressed their concern about this issue. At that session the idea was suggested of formulating a ground for total or partial refusal of enforcement in respect of decisions awarding damages of a punitive character or of an excessive amount, rather than rely on the public policy exception.[195]

359 The Article contains two separate provisions: paragraph 1 deals with the recognition and enforcement of non-compensatory damages, while paragraph 2 deals with the recognition and enforcement of compensatory damages. Paragraph 3 applies to both preceding provisions. If Article 33 had not been inserted into the Convention, it might have been possible to invoke public policy to bar the recognition and enforcement of punitive and excessive damages. Since the Convention contains a specific provision on the issue which one may regard as an expression of public policy, the use of the public policy ground under Article 28(1) *f)* to add to, or vary, the provisions of Article 33 is precluded. As explained below, Article 33 must also be read in the light of the general policy expressed in Article 28(2) that there should not be a review on the merits. In so far as review on the merits is necessary under Article 33 it should be treated as exceptional.

Paragraph 1 – Non-compensatory damages

360 Paragraph 1 is expressed in positive terms. It imposes an obligation on courts of Contracting States to recognise awards for non-compensatory damages, including exemplary or punitive damages, at least to the extent that similar or comparable damages could have been awarded in the State

[189] Since the Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children (Art. 9).
[190] As in the example of the Brussels and Lugano Conventions.
[191] See Report of Meeting No 69 of 17 June 1999, p. 2.
[192] For example Italy, under Art. 64 of Law No 218 of 31 May 1995. See F. Pocar, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milan, Giuffrè, 1997, p. 74.
[193] This view was already present in the Hague Convention of 1 March 1954 on civil procedure (Art. 17).
[194] See C.N. Fragistas, Explanatory Report (*op. cit.* note 5), p. 386.
[195] See "Conclusions of the Special Commission of June 1994 on the question of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters", Prel. Doc. No 2 of December 1995 for the attention of the Special Commission of June 1996 on the question of the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters (available at <www.hcch.net>, also published as Prel. Doc. No 1 of August 1994, *Proceedings of the Eighteenth Session (1996)*, Tome I, *Miscellaneous matters*, pp. 63-69), No 37.

requis. Par conséquent, cette disposition expresse interdit le recours à l'exception d'ordre public qui serait susceptible d'être invoquée en application du droit national de l'État requis. De plus, la disposition empêche le tribunal requis de refuser l'exécution au seul motif que les dommages et intérêts punitifs sont inconnus dans le droit de l'État requis. Le tribunal requis doit tout d'abord effectuer la comparaison exigée par le paragraphe 1. Si le droit du tribunal requis ignore les dommages et intérêts punitifs ou une forme équivalente, il peut alors ne pas reconnaître l'allocation de tels dommages et intérêts. Mais, à supposer même qu'un tel équivalent existe, l'exigence de reconnaissance ou d'exécution ne porte que sur la fraction des dommages et intérêts qui auraient pu être alloués sur le territoire de l'État requis.

361 Le paragraphe 1 a trait aux « dommages et intérêts non compensatoires ». La Commission spéciale a délibérément choisi des termes descriptifs plutôt que des termes ayant un sens juridique précis, qui seraient trop liés à un système juridique particulier. Les dommages et intérêts compensatoires visent à réparer les pertes qui ont été subies par la victime, ou que celle-ci est susceptible de subir dans l'avenir. Selon les droits nationaux, ces dommages et intérêts comprennent les pertes pécuniaires présentes et futures, à la fois pour les pertes éprouvées par la victime et les gains dont elle a été privée. Ils peuvent aussi comprendre, dans les systèmes qui les admettent, les dommages et intérêts versés en paiement du *pretium doloris*, présent et futur. Enfin, dans les pays de *common law*, la catégorie des dommages et intérêts compensatoires comprend les « dommages et intérêts aggravés » (« *aggravated damages* »), qui visent à compenser le demandeur pour un dommage subi particulièrement douloureux. Pour des raisons évidentes, ce type de dommages et intérêts, assimilable à la catégorie des dommages et intérêts exemplaires, est parfois utilisé pour détourner l'interdiction de l'allocation de dommages et intérêts punitifs qui est prévue par le droit de certains pays du Commonwealth. Les deux dernières catégories visent des dommages subis qui ne sont pas aisément mesurables en argent et pour lesquels l'évaluation subjective pratiquée par le juge ou le jury joue un rôle déterminant.

362 Les dommages et intérêts « non compensatoires » n'ont pas pour fonction d'offrir une réparation à la victime. En général, ils remplissent une fonction dissuasive ou punitive. Les dommages et intérêts exemplaires, parfois appelés « punitifs » ou « vindicatifs » en sont un exemple frappant. Ils sont alloués « comme une sorte de punition à l'encontre du défendeur, dans le but de prévenir la réalisation d'un préjudice similaire »[196]. Un autre type, connu sous le nom de « dommages et intérêts multiples » (« *multiple damages* »), existe surtout aux États-Unis d'Amérique, où l'exemple principal est celui des « triples dommages et intérêts » (« *treble damages* ») alloués en application de la section 4 du *Clayton Act* 1914[197]. Là encore, leur fonction est dissuasive. En principe, l'identification des dommages et intérêts non compensatoires au sein de la totalité des dommages et intérêts alloués ne pose pas de problème, dans la mesure où, en principe, le juge ou le jury évaluent séparément ces dommages et intérêts.

363 Le tribunal requis n'est obligé de reconnaître de tels dommages et intérêts que dans la mesure où des dommages et intérêts analogues auraient pu être obtenus dans l'État requis. Bien que le texte ne vise que la reconnaissance, il doit être interprété comme incluant l'exécution, sinon, la disposition serait dénuée de sens. Les termes « dommages et intérêts similaires ou comparables » visent toute somme d'argent éventuellement allouée dans l'État requis en plus des dommages et intérêts compensatoires, et qui visent une fonction similaire. Ceci suppose une comparaison à la fois de la nature de la somme allouée et de son quantum. Ces sommes ne doivent pas nécessairement être allouées dans le but de dissuader des actes futurs. La comparaison doit être fonctionnelle. Ainsi, l'allocation de dommages et intérêts punitifs aux États-Unis d'Amérique peut, en pratique, servir à couvrir les frais et dépens, qui ne sont pas en principe compris dans les dommages et intérêts alloués par les tribunaux américains. L'effet du paragraphe 3 est d'inclure ces frais dans la comparaison qui doit être menée en application du paragraphe 1. Les termes « au moins à concurrence du montant » des dommages et intérêts qui auraient pu être accordés renvoient aussi au montant de la somme qui aurait pu être obtenue dans l'État requis. Ainsi, si les tribunaux dans l'État requis acceptent d'accorder des dommages et intérêts punitifs, mais pour un montant très inférieur, cette différence doit être prise en compte, et l'exécution peut être limitée au montant des dommages et intérêts qui auraient pu être accordés dans l'État requis. Pour ce faire, il est inutile de suivre la procédure mise en place par le paragraphe 2, dans la mesure où il n'est pas ici question de réévaluer les dommages et intérêts compensatoires à la lumière de ce dont le demandeur a réellement besoin, mais simplement d'évaluer les dommages et intérêts punitifs à l'aune des critères utilisés par l'État requis. Bien évidemment, l'utilisation des termes « au moins » montre que le tribunal requis n'est pas obligé de se plier à ses propres limitations.

Paragraphe 2

364 Le paragraphe 2 concerne la reconnaissance de dommages et intérêts compensatoires qui sont considérés comme manifestement excessifs par le tribunal requis. Ici encore, le terme « reconnaissance » doit inclure l'exécution. L'utilisation du terme « manifestement » montre que le pouvoir de réduire l'exécution d'un jugement émanant d'un État contractant doit n'être exercé que dans des circonstances exceptionnelles. Une simple divergence sur le quantum des dommages alloués ne suffit pas ; la disposition vise à s'appliquer à ces dommages et intérêts qui suscitent parfois l'intérêt des médias internationaux, comme par exemple l'allocation de plusieurs millions de dollars de dommages et intérêts reçus par une femme ébouillantée par du café chaud échappé d'une tasse fêlée. De telles décisions sont cependant rares et fréquemment réformées en appel[198]. De plus, de nombreux garde-fous visant à sauvegarder les intérêts légitimes du créancier sont prévus.

365 Ce texte ne traite pas expressément de la question de la reconnaissance des dommages et intérêts compensatoires en cas de divergence des lois nationales sur le sujet, par exemple, et tout particulièrement, sur le *pretium doloris* ou les dommages économiques futurs. Toutefois, il résulte implicitement de l'article 33 que le tribunal requis doit exécuter un jugement qui alloue des dommages et intérêts compensatoires, quand bien même ces dommages et intérêts auraient été alloués sur un fondement inconnu du droit de ce tribunal, sauf à être « manifestement excessifs » au sens du paragraphe 2.

Lettre a)

366 Cette disposition pose les conditions qui doivent être respectées pour que le tribunal requis puisse réduire le montant des dommages et intérêts alloués par le jugement dont l'exécution est recherchée.

[196] J. Burke (dir.) (*op. cit.* note 157), voir « *damages* ». Les trois termes « exemplaires », « punitifs » et « vindicatifs » sont synonymes. Pour une étude comparative, voir H. Stoll, « Consequences of Liability : Remedies », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Torts (*op. cit.* note 14), ch. 8, ss. 103 à 114.

[197] Pour une discussion des dommages et intérêts multiples, voir H. Stoll (*ibid.*), ch. 8, s. 115.

[198] Voir « Note sur la reconnaissance et l'exécution des jugements dans la perspective d'une convention double avec examen particulier des jugements étrangers condamnant à des dommages-intérêts excessifs ou punitifs », établie par le Bureau Permanent, Doc. prél. No 4 de mai 1996 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1996 (accessible à l'adresse <www.hcch.net>), annexe IV.

addressed. This express provision therefore excludes reliance on any public policy objection that might exist against such damages under the national law of the State addressed. Furthermore, it precludes the court addressed from denying enforcement for the sole reason that punitive damages are unknown to the law of the State addressed. The court addressed must first make the comparison as required by paragraph 1. Only if its law does not know punitive damages or any practical equivalent thereof, is it not obliged to recognise such damages. But even if its law does know of equivalent damages, it need only recognise or enforce the foreign judgment to the extent that such damages could have been awarded in the State addressed.

361 Paragraph 1 refers to "non-compensatory damages". The Special Commission deliberately chose to use a term which was descriptive, rather than a technical legal term tied to a particular legal system. Compensatory damages are designed to make good the losses which the victim has suffered or is likely to suffer in the future. Depending on national laws, they include: pecuniary loss, both as regards expenses already incurred and profits already suffered as well as future losses of profit and income. They also include, in those legal systems where this is possible, compensation for pain and suffering already experienced and to be experienced in the future. Finally, in common law countries the category of compensatory damages includes "aggravated damages" to recompense the plaintiff for an injury that was particularly hurtful. This type of damage can for obvious reasons approximate the category of exemplary damages and is sometimes used to circumvent the prohibition on the award of punitive damages introduced in certain Commonwealth countries. The last two categories are in respect of injuries which cannot readily be measured in money and where the subjective evaluation of the judge or civil jury is dominant.

362 "Non-compensatory" damages go beyond the function of offering the victim compensation. They normally fulfil a deterrent or punitive function. Exemplary damages, sometimes called "punitive" or "vindictive" damages, are a prime example. They are given "as a kind of punishment to the defendant, with the view of preventing similar wrongs in the future".[196] Another form known as "multiple damages" exists mainly in the United States of America where the prime example is treble damages awarded under Section 4 of the Clayton Act 1914.[197] Again, their function is to deter. Identification of the non-compensatory element in the damages awarded will not normally be a problem since the judge or jury will usually assess such damages separately.

363 The court addressed is only obliged to recognise such damages to the extent that similar or comparable damages could have been awarded in the State addressed. Although the text only refers to "recognised", this term must be read to include enforcement for otherwise the provision makes little sense. The reference to "similar or comparable damages" refers to any award of money that could have been made in the State addressed over and above compensatory damages which serve a similar function. It involves a comparison both as to kind and as to quantum. Those sums need not represent sums awarded with an intention to deter future conduct. The comparison should be functional. Thus, the award of punitive damages in the United States of America may in effect be intended to serve to cover the costs and expenses of the successful plaintiff which are not usually awarded as such by United States courts. The effect of paragraph 3 is to make them relevant to the comparison in paragraph 1. The words "at least to the extent that" such damages could have been awarded also refer to the quantum of the amount that could have been awarded in the State addressed. Thus, if courts in the State addressed do award punitive damages, but to a far more limited amount, that factor also would be relevant and enforcement could be limited to the extent to which such damages exist in the State addressed. In doing so, there would be no need to follow the procedure laid down in paragraph 2, since what is involved is not a re-assessment of the compensatory damages in the light of the needs of the plaintiff, but a measuring of the punitive damages by reference to the objective yardstick of the court addressed. Of course, as the words "at least" indicate, the court addressed is not obliged to observe its own limitations.

Paragraph 2

364 Paragraph 2 deals with the recognition of awards of compensatory damages which are found to be grossly excessive by the court addressed. Here again the word "recognition" must be taken to include enforcement. The use of the word "grossly" indicates that the power to reduce the enforcement of a judgment from a Contracting State should be exercised in exceptional circumstances. A mere disagreement as to quantum will not suffice; the provision is intended to deal with the type of award that sometimes is reported by the international media such as a woman who receives several millions of dollars for being scalded by hot coffee from a broken cup. Such verdicts are rare and are often rectified on appeal.[198] Furthermore, there are a number of safeguards to ensure that the legitimate interests of the creditor are preserved.

365 The paragraph does not address in express terms the question of recognition of compensatory damages in respect of which there exist national differences, in particular in relation to matters such as pain and suffering and future economic loss. However, it is implicit in Article 33 that the court addressed must enforce a judgment awarding compensatory damages, even though all or part of those damages have been assessed or awarded on a basis unknown to the law of that court, unless they are "grossly excessive" within the meaning of paragraph 2.

Sub-paragraph a)

366 This sub-paragraph sets out the conditions which must be satisfied before the court addressed can reduce the amount of the judgment sought to be enforced.

[196] J. Burke (ed.) (*op. cit.* note 157), entry "damages". The three terms "exemplary", "punitive" and "vindictive" are synonyms. For a comparative survey, see H. Stoll, "Consequences of Liability: Remedies", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, XI, Torts (*op. cit.* note 14), Ch. 8, ss. 103-114.
[197] See for a discussion of multiple damages, H. Stoll (*ibid.*), Ch. 8, s. 115.

[198] See "Note on the Recognition and Enforcement of Decisions in the Perspective of a Double Convention with Special Regard to Foreign Judgments Awarding Punitive or Excessive Damages", drawn up by the Permanent Bureau, Prel. Doc. No 4 of May 1996 for the attention of the Special Commission of June 1996 (available at <www.hcch.net>), Annex IV.

367 La demande de réduction du montant des dommages et intérêts dont l'exécution est recherchée doit être présentée par le débiteur, à qui il revient de convaincre le tribunal requis que compte tenu des circonstances de la cause, y compris celles existant dans l'État d'origine, les dommages et intérêts accordés sont manifestement excessifs. Le créancier doit avoir eu la possibilité d'être entendu sur cette question.

368 Bien que les recherches imposées par le paragraphe 2 conduisent, dans une certaine mesure, à réexaminer la solution de fond adoptée dans la décision rendue par le tribunal d'origine, cette situation devrait être enserrée dans de strictes limites. Il ne devrait pas être nécessaire d'ouvrir à nouveau la discussion sur les constatations de fait et les raisonnements juridiques du tribunal d'origine portant sur la question de la responsabilité ou de l'étendue du dommage subi ou susceptible d'être subi par la victime. Le tribunal requis ne doit pas non plus réduire le montant des dommages et intérêts dont l'exécution est recherchée uniquement parce qu'ils visent à réparer des dommages qui n'auraient pas été susceptibles d'être réparés dans le droit de l'État requis, comme le *pretium doloris*. Ce paragraphe concerne exclusivement la question de la quantification des dommages et intérêts. La référence aux « circonstances en ce compris celles existant dans l'État d'origine » vise à attirer l'attention sur le fait que la question ne doit pas être déterminée uniquement par comparaison avec les solutions qui seraient mises en œuvre par le tribunal requis dans un procès interne fondé sur des faits similaires. Si, dans l'État d'origine, le coût de la vie est supérieur, particulièrement en ce qui concerne les frais médicaux, et si l'accès au bénéfice de la sécurité sociale est beaucoup plus limité que dans l'État requis, le tribunal requis doit tenir compte de ces facteurs, particulièrement si le créancier est susceptible de continuer à résider dans l'État d'origine et devra faire face à ces dépenses. De plus, en application du paragraphe 3, il faudra prendre en considération le fait que les dommages et intérêts alloués pourront avoir été augmentés pour tenir compte des frais et dépens que devra payer le demandeur. D'une façon générale, les termes « manifestement excessifs » doivent s'interpréter à l'aune des solutions généralement mises en œuvre dans l'État d'origine. Il est tout à fait évident que le tribunal requis sera convaincu d'intervenir s'il est établi que le montant alloué est largement supérieur à celui qui est en général alloué dans l'État d'origine dans des circonstances analogues. En revanche, il ne devrait pas suffire de prouver que le montant alloué est largement supérieur à celui qui est en général alloué dans l'État requis dans des circonstances analogues.

Lettre b)

369 Si le tribunal requis est convaincu que les conditions posées par la lettre *a)* sont remplies, il peut réduire le montant des dommages et intérêts dont l'exécution est demandée. Le montant exact dépendra de ce que le tribunal requis estimera comme justifié dans les circonstances de l'espèce. Toutefois, ce texte pose une limite en-deçà de laquelle le montant accordé par le jugement dont l'exécution est recherchée ne pourra pas être réduit. Cette limite est constituée par le montant qui aurait pu être accordé par les tribunaux de l'État requis dans les mêmes circonstances, en prenant en considération également celles existant dans l'État d'origine. En d'autres termes, il s'agit du montant qui n'aurait pas été considéré si déraisonnable ou injustifié, même après avoir tenu compte du coût de la vie plus élevé dans l'État d'origine, qu'une Cour d'appel de l'État d'origine aurait refusé de l'exécuter ou ordonné de le réduire.

370 Une délégation s'est interrogée sur les droits d'un créancier qui, après avoir vu son jugement partiellement reconnu dans un État contractant, en application de l'article 33, essaierait de recouvrer le reste dans un autre État contractant dont la politique juridique est moins stricte. Une proposition a été présentée, selon laquelle un créancier visant à recouvrir le reliquat devrait d'abord faire état des sommes déjà reçues. Cette proposition n'a pas été acceptée par la Commission spéciale, qui a estimé qu'un créancier dans cette position était libre de rechercher à recouvrir le reliquat devant un juge plus favorable, et que, de toute façon, en application du droit national de ce tribunal, il était peu probable qu'il obtienne un second recouvrement. Voir la discussion menée ci-dessous sur l'article 34.

Paragraphe 3

371 Ce paragraphe, qui concerne à la fois les paragraphes 1 et 2, a déjà été analysé.

Article 34 – Divisibilité

372 L'article 34 permet au tribunal requis de reconnaître ou exécuter séparément une ou plusieurs parties d'un jugement rendu dans un État contractant, pour autant que ces parties soient dissociables du reste du jugement. Une telle solution peut être utile dans de nombreux cas. L'exemple le plus évident est le cas où une partie du jugement n'est pas susceptible de reconnaissance ou d'exécution, parce qu'elle n'entre pas dans le champ d'application de la Convention, parce qu'elle est contraire à l'ordre public ou parce qu'il s'agit de mesures provisoires qui ne bénéficient pas de l'autorité de la chose jugée ou encore ne sont pas exécutoires dans l'État d'origine. Il peut aussi arriver que seule une partie du jugement concerne l'État requis. Enfin, un jugement qui n'est pas susceptible d'être exécuté peut toujours être invoqué par le biais de l'autorité de chose jugée. Il revient au droit national de décider quelle procédure s'applique pour invoquer une ou plusieurs parties du jugement, voir ci-dessus l'article 30.

373 À la différence de ce qui figure à l'article 42, paragraphe 2, des Conventions de Bruxelles et de Lugano, aucune disposition ne concerne expressément l'exécution partielle, qui peut être utile dans d'autres cas que celui déjà décrit à propos de la mise en œuvre de l'article 33(2) *b)*. Cela ne résulte pas de l'article 34 dans sa rédaction actuelle. Une telle extension permettrait au tribunal requis de retrancher une fraction de la somme allouée par un jugement, parce qu'elle a déjà été payée par le débiteur, ou recouvrée par le créancier, pour ne garder que le montant qui reste dû.

374 La question de la divisibilité est en principe une question pratique, qui dépendra du point de savoir s'il est possible de n'exécuter qu'une partie du jugement et non l'autre sans modifier en profondeur les obligations des parties. Si cette question pose des problèmes juridiques, ceux-ci devront être résolus par application de la loi de l'État requis.

Article 35 – Actes authentiques

Paragraphes 1 à 3

375 L'inclusion dans la Convention des actes authentiques a soulevé bien de problèmes au sein de la Commission spéciale. La notion d'acte authentique n'étant pas connue de tous les systèmes juridiques, les délégations ont beaucoup hésité avant d'adopter une disposition commune à ce sujet, qui aurait pu rencontrer des difficultés lors de sa mise en œuvre, compte tenu aussi de ce que les conditions auxquelles leur reconnaissance doit être soumise ne peuvent pas être

367 The application for a reduction in the amount to be enforced must be made by the debtor who bears the burden of satisfying the court addressed that in the circumstances, including those existing in the State of origin, grossly excessive damages have been awarded. The creditor must be given the opportunity to be heard on this issue.

368 Although the investigation required by paragraph 2 will involve to a certain extent a re-examination of the merits of the decision of the original court, this should be kept to a minimum. There should be no need to re-open any decision as to the facts or the law by the original court on issues of liability or the losses suffered or likely to be suffered by the victim. Nor should the court addressed reduce the amount of damages sought to be enforced solely because they compensate for matters which would not have been compensable under the law of the State addressed, such as damages for pain and suffering. The paragraph is solely concerned with the question of quantification of the damages. The reference to "the circumstances, including those existing in the State of origin" indicates that the issue must not be determined solely by reference to the standards which the court addressed would apply in a domestic suit based on similar circumstances. If in the State of origin the cost of living is higher, especially medical expenses, and access to social security is more limited than in the State addressed, the court addressed must take those factors into account, particularly if the creditor is likely to continue to reside in the State of origin and will have to meet those expenses. Further, under paragraph 3, the fact that the verdict may have been inflated in order to provide for the costs and expenses of the plaintiff will also be a relevant factor. As a general principle "grossly excessive" is likely to mean "grossly excessive according to the standards usually applied by the courts of the State of origin". Certainly evidence that the sum awarded greatly exceeds what is the norm in similar cases in the State of origin will persuade the court addressed to intervene. On the other hand, evidence that the sum awarded greatly exceeds what is the norm in similar cases in the State addressed should not by itself suffice.

Sub-paragraph b)

369 If the court addressed is satisfied that the conditions set out in sub-paragraph *a)* have been met, it may reduce the amount to be enforced. The exact amount will depend on the view of the court addressed as to what is justified in the circumstances. However, sub-paragraph *b)* places a limit beyond which the amount of the judgment sought to be enforced cannot be reduced. This is the amount that a court of the State addressed could have awarded in the same circumstances, including those existing in the State of origin, that is to say, an amount which would not have been regarded as so unreasonable or unjustified, even after taking into account the higher living costs and expenses of the State of origin, that an appellate court in the State of origin would have set it aside or reduced it.

370 A concern was expressed by one delegation about the rights of a creditor whose judgment was only partially enforced in one Contracting State pursuant to Article 33 and who sought to recover the balance in another Contracting State whose policy was more expansive. A proposal was put forward whereby the creditor seeking to recover the balance had first to account for the sums received. This proposal was not accepted by the Special Commission which took the view that a creditor in such a position would be free to seek to recover the balance in a more favourable forum, but that under the national law of that forum it was unlikely that he would be granted a double recovery. See the discussion of Article 34 below.

Paragraph 3

371 This paragraph in its relevance to both paragraphs 1 and 2 has already been discussed.

Article 34 – Severability

372 Article 34 permits the court addressed to recognise or enforce some part or parts of a judgment rendered in a Contracting State by themselves, provided it or they are severable from the rest of the judgment. There are a number of instances where this may be useful. The most obvious example would be the case where some of the orders made were not capable of recognition or enforcement because they fall outside the scope of the Convention, are contrary to public policy, or because they are interim orders which do not have the effect of *res judicata* or are not as yet enforceable in the State of origin. It may also happen that only some elements of the judgment are relevant to the State addressed. Finally, a judgment which is not entitled to enforcement may still be pleaded by way of *res judicata*. As to whether the procedure should be by way of declaration or registration by part, this is a matter for the national law of the court addressed, see Article 30.

373 In contrast to Article 42, second paragraph, of the Brussels and Lugano Conventions, there is no express provision for partial enforcement which may be useful and not merely in the case instanced above in relation to Article 33(2) *b)*. It does not readily come within Article 34 as presently drafted. Such an extension will permit the court addressed in the example given above to sever the portion of a judgment debt which has already been paid by, or recovered from, the debtor from the portion which remains unpaid.

374 The question of severability will normally depend on a practical test, namely, whether it is possible to enforce one part and not the other without substantively changing the obligations of the parties. In so far as this raises issues of law, they will have to be determined according to the law of the State addressed.

Article 35 – Authentic instruments

Paragraphs 1 to 3

375 The inclusion of authentic instruments in the Convention has raised a number of problems within the Special Commission. As the concept of an authentic instrument is not familiar to all legal systems, delegations were reluctant to adopt a common provision which might have caused difficulties of implementation, also bearing in mind that the conditions governing recognition of these instruments cannot be

les mêmes que pour les jugements. Malgré ces problèmes, l'intérêt qu'il peut y avoir dans la pratique du crédit et du commerce de faire constater une créance par acte authentique pour le mettre ensuite à exécution, ainsi que la considération que l'extranéité de tels actes à un système juridique ne fait pas nécessairement obstacle à la possibilité de les reconnaître et d'y donner exécution dans le cadre de ce système[199], ont conduit à l'inclusion d'une disposition en la matière, bien qu'accompagnée de limitations.

376 Selon le premier paragraphe de l'article 35, en effet, la Convention ne s'applique pas directement à la reconnaissance et à l'exécution des actes authentiques reçus dans les autres États contractants. Son applicabilité est soumise à une déclaration que chaque État contractant pourra faire de les exécuter, sous réserve de réciprocité. Une obligation de les reconnaître et de les exécuter n'existera par conséquent que pour les États qui auront fait une telle déclaration. Bien qu'elle soit susceptible de limiter sensiblement l'applicabilité de la Convention en la matière, la solution retenue a été jugée préférable à l'exclusion complète du domaine de la Convention, car elle permet de définir les actes authentiques, ce qui pourrait se révéler important également pour les États qui, tout en ne connaissant pas cette notion juridique, accepteraient de les reconnaître et de les exécuter.

377 Le deuxième paragraphe décrit les éléments essentiels de l'acte authentique, en précisant qu'il doit avoir été établi par une autorité publique ou par une personne déléguée par l'autorité publique. En outre, il ne suffit pas que l'authentification porte sur la signature. Afin que l'acte puisse être considéré authentique, il est nécessaire que l'authentification porte également sur son contenu.

378 Le troisième paragraphe concerne les conditions et la procédure pour la reconnaissance et l'exécution. Au lieu de les préciser en détail, il se borne à renvoyer d'une façon générale aux dispositions du chapitre sur la reconnaissance et l'exécution, en les déclarant applicables en tant que de besoin. Ce sera donc aux autorités chargées de la reconnaissance et de l'exécution d'identifier les règles en matière de conditions et de procédures qui demeurent applicables aux actes authentiques. La question d'une description directe de ces conditions et procédures a été toutefois réservée par la Commission spéciale, qui a préféré garder ce paragraphe entre crochets.

Article 36 – Transactions

379 Le terme anglais «*settlements*» utilisé dans cette disposition est l'équivalent du terme français «transactions». Il s'agit d'un mécanisme bien connu des pays de tradition romano-germanique, qui n'a pas de contrepartie directe dans les pays de *common law*. La «transaction judiciaire» a été définie comme un contrat conclu devant le juge par lequel les parties mettent fin au litige moyennant des concessions réciproques[200]. Elle doit être distinguée de la technique utilisée dans les pays de *common law* dans le même but, consistant à demander à un tribunal de prononcer un «*consent order*», par lequel il consent à rendre une décision sur des points ayant fait l'objet d'un accord entre les parties. Une telle pratique donne lieu à un véritable jugement au sens de l'article 23. La force obligatoire d'une transaction découle de l'accord des parties, non de l'autorité du tribunal, qui ne peut pas statuer sur les questions tranchées par la transaction[201]. Pour autant, il ne s'agit pas d'une transaction extrajudiciaire dont le tribunal serait simplement informé. Il s'agit bien d'un acte judiciaire, rédigé devant un juge qui à la différence des «*consent orders*», ne transforme pas l'accord en décision judiciaire émanant directement de l'autorité du tribunal. Dans la mesure où il s'agit d'une institution fondamentale des pays de tradition romano-germanique, qui remplit la fonction des «*consent orders*», une disposition spécifique est nécessaire pour prévoir l'exécution de telles transactions. Dans la mesure où la transaction est avant tout consensuelle, il est inutile de soulever la question de la compétence au sens du chapitre II. Cependant, l'obligation de reconnaître ou d'exécuter n'existera que si la transaction a été homologuée par le tribunal d'un État contractant.

380 Les conditions posées par les paragraphes 2 et 3 de l'article 25 s'appliquent à cette hypothèse. Si, comme tel peut être le cas dans certains pays, une transaction n'a pas d'autorité de chose jugée dans le pays dans lequel elle a été conclue, elle ne peut être reconnue dans un autre État contractant[202]. Si elle en bénéficie, elle peut être invoquée pour s'opposer à ce qu'une nouvelle action entre les mêmes parties, sur le même objet et pour la même cause soit entamée. De la même façon, pour être déclarée exécutoire dans l'État requis, la transaction doit être exécutoire dans l'État où elle a été conclue. L'utilisation des termes «déclarées exécutoires ou enregistrées aux fins d'exécution» renvoie à la procédure par laquelle l'État requis peut rendre exécutoire la transaction, en application de son droit commun comme l'établit l'article 30.

CHAPITRE IV – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 37 – Rapport avec d'autres Conventions

381 La Commission spéciale n'a pas formulé de disposition sur les relations de la Convention avec d'autres Conventions internationales, bien que plusieurs aspects de ce problème aient été discutés au cours de ses différentes sessions. La question présente de nombreux volets délicats, non seulement en raison du nombre et de la variété des conventions multilatérales et bilatérales existant en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements, mais surtout du fait que certaines d'entre elles ont une nature particulière, notamment la Convention de Bruxelles. Celle-ci s'insère dans un processus d'intégration régionale qui conduit à en modifier la structure en la transformant en un acte communautaire[203]. Ces considérations impliquent que le problème ne peut pas être abordé dans les termes traditionnels des relations entre conventions de type classique et demande une approche nouvelle qui tienne compte de la situation particulière qui caractérise le réseau de conventions simples et doubles en matière de reconnaissance et d'exécution de jugements. Des propositions ont été présentées par des délégations à la Commission spéciale qui, n'ayant pu les examiner d'une façon suffisamment approfondie, a décidé de les reproduire en annexe à l'avant-projet de Convention[204], sans se prononcer à leur égard. Sans faire une présentation détaillée des trois propositions qui figurent en annexe, qui ne peut qu'être faite par leurs auteurs, ou procéder à une discussion exhaustive, qui doit être laissée à la Session diplomatique, on peut néanmoins indiquer brièvement les différentes approches qui les caractérisent.

382 La première proposition se fonde sur le principe de la priorité des autres instruments internationaux sur la Convention, sauf manifestation de volonté contraire des États qui sont Parties à de tels instruments. Toutefois, la Convention aurait priorité sur les autres instruments internationaux dans la mesure où ces derniers adoptent des fors exorbitants inter-

[199] Ainsi que le montre le précédent des Conventions de Bruxelles et de Lugano, conclues entre États dont quelques-uns ne connaissent pas la notion d'acte authentique, sans que cela les ait empêchés d'accepter un texte conventionnel qui contient une disposition à cet égard (art. 50).
[200] H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), ch. 4, spéc. No 417, p. 308.
[201] Voir CJCE, 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren GmbH c. Emilio Bach* (C-414/92), *Rec.* 1994, p. I-2237.
[202] Sur le droit allemand, voir R. Geimer (*op. cit.* note 162), p. 715, *Rz* 2864.
[203] Voir la proposition de Règlement présentée par la Commission au Conseil le 14 juillet 1999, COM (1999) 348 final.
[204] Voir ci-dessus p. 202 du présent tome.

the same for all judgments. Despite these problems, the practical value for credit and business transactions of having a sum receivable recorded by means of an authentic instrument which can subsequently be enforced, and the fact that even if these instruments are unfamiliar to a particular legal system this does not necessarily prevent them from being recognised and enforced through that system,[199] resulted in the inclusion of a clause on this subject, albeit with some limitations.

376 In fact, according to paragraph 1 of Article 35, the Convention does not apply directly to the recognition and enforcement of authentic instruments received in other Contracting States. Whether it will apply depends on a declaration by each Contracting State that it will enforce them, subject to reciprocity. Consequently, the obligation to recognise and enforce them exists only for States which have made such a declaration. This solution may place a considerable restriction on the extent to which the Convention will apply in this area, but was felt to be preferable to excluding it completely from the scope of the Convention, since it makes it possible to define authentic instruments; this could also be important for States which are willing to recognise and enforce them although the legal concept is unfamiliar to them.

377 The second paragraph describes the essential features of an authentic instrument, stipulating that it must have been authenticated by a public authority or a delegate of a public authority. Moreover, it is not sufficient for the authentication to relate to the signature; for the instrument to be regarded as authentic, it must also relate to the content of the document.

378 The third paragraph concerns the conditions and procedure for recognition and enforcement. Instead of spelling these out in detail, it merely refers in general terms to the provisions in the Chapter on recognition and enforcement, declaring these applicable as appropriate. It will therefore be for the authorities responsible for recognition and enforcement to identify the rules on conditions and procedure which remain applicable to authentic instruments. However, the Special Commission reserved the question of a direct description of the conditions and procedures by retaining this paragraph within square brackets.

Article 36 – Settlements

379 The term "settlements" as used in this Article is employed as a counterpart to the French word "*transaction*". It is an institution well known in the civil law which does not have a direct counterpart in the common law. The "*transaction judiciaire*" has been defined as a contract concluded before a judge in which the parties settle their dispute through mutual concessions.[200] It must be distinguished on the one hand from the practice, used in common law countries for this purpose, of handing up to the court consent orders to be made by the court on the terms agreed by the parties. This results in a judgment as defined in Article 23. The force of the settlement derives from the agreement of the parties, not the authority of the court which does not rule on the points settled.[201] Yet, it is more than an "out-of-court" settlement of which the court is informed. It is an "in-court" settlement made before the judge who does not, as in consent orders, transform the contractual agreement into a decision which emanates directly from the authority of the court. As an essential part of civil law settlement procedure which fulfils in essence the function of the consent order, obviously provision must be made for the enforcement of such settlements. Since the settlement is essentially consensual, issues of jurisdiction under Chapter II will not arise. However, the obligation to recognise or enforce will only arise if the settlement is made before a court of a Contracting State.

380 The conditions laid down in paragraphs 2 and 3 of Article 25 do apply. If, as may be the case in some countries, a settlement does not have the force of *res judicata* in the State where it was entered into, it cannot be recognised in another Contracting State.[202] If it does, it may be pleaded in opposition to a fresh action between the same parties on the same subject. Likewise, in order to be enforceable in the State addressed, the settlement must be enforceable in the State where it was entered into. The terms "declaration of enforceability or registration for enforcement" refer to the procedure whereby the settlement may be made enforceable in the State addressed pursuant to its national law as envisaged by Article 30.

CHAPTER IV – GENERAL PROVISIONS

Article 37 – Relationship with other Conventions

381 The Special Commission has not drafted a clause on the relationship between the Convention and other international Conventions, although various aspects of this problem were discussed during its sessions. There are numerous problematic angles to this question, not only because of the range and variety of multilateral and bilateral conventions on the subject of recognition and enforcement of judgments, but also and mainly because of the fact that some of them, such as the Brussels Convention, are distinctive in character. The Brussels Convention is part of a regional integration process; this has the result of altering its structure and turning it into a European Community Act.[203] This implies that the problem cannot be approached from the traditional angle of the classic relationship between conventions; it calls for a new approach, to take account of the particular situation prevailing in the network of simple and double conventions governing the recognition and enforcement of judgments. Proposals were submitted by delegations to the Special Commission, which could not deal with them in sufficient detail and therefore decided, without making any decision on them, to reproduce them in an Annex to the preliminary draft Convention.[204] No detailed presentation will be attempted here of the three proposals contained in the Annex, as this can only be done by their authors, nor will there be any exhaustive discussion, which must be left to the Diplomatic Session. However, the different approaches adopted in these proposals may be briefly described.

382 The first proposal is based on the principle that the other international instruments will take priority over the Convention, unless the States Parties to these instruments declare an intention to the contrary. However, the Convention will take priority over the other international instruments where the latter provide for exceptional fora not authorised by

[199] This is evident from the precedent of the Brussels and Lugano Conventions, which were concluded among States some of which do not have the concept of an authentic instrument, but this did not prevent them from accepting a treaty text containing a clause on this subject (Art. 50).
[200] See H. Gaudemet-Tallon (*op. cit.* note 40), Ch. 4, esp. No 417 at p. 308.
[201] See *Solo Kleinmotoren GmbH v. Emilio Bach* C-414/92 decision 2 June 1994 [1994] *ECR*. p. I-2237.
[202] See, as to Germany, R. Geimer (*op. cit.* note 162), p. 715, *Rz* 2864.
[203] See the proposed regulation submitted by the Commission to the Council on 14 July 1999, doc. COM (1999) 348 final.
[204] See *supra* p. 203 of this tome.

dits par l'article 18, ce qui obligerait par exemple les États parties aux Conventions de Bruxelles et de Lugano à ne pas appliquer leur article 4 aux défendeurs domiciliés dans des États parties à la Convention de La Haye. Dans la notion d'instruments internationaux seraient naturellement compris les instruments qui ne sont pas des conventions internationales au sens propre, à savoir les lois uniformes adoptées dans le cadre d'une intégration régionale ou les instruments adoptés au sein d'une communauté d'États.

383 La deuxième proposition qui figure en annexe part de l'idée que deux dispositions sont nécessaires pour régler ce problème. L'une, dont le texte n'est pas encore disponible, rédigée peut-être dans des termes classiques, régirait d'une manière générale l'ensemble des relations avec les autres conventions internationales. L'autre, qui est présentée d'une façon détaillée, serait destinée à régir les rapports avec les instruments européens, englobant dans cette expression les Conventions de Bruxelles et de Lugano et le Règlement communautaire (Règlement (CE) No 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale). Un État soumis à un instrument européen devrait donner priorité à cet instrument dans son domaine d'application et l'appliquer au lieu de la Convention. Toutefois, lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans un État soumis aux instruments européens, cette priorité des instruments européens ne serait absolue que pour ce qui concerne les dispositions sur les compétences exclusives, la prorogation volontaire de compétence, la litispendance et la connexité, et les compétences de protection; en dehors de ces cas, les articles 3, 5 à 11, 14 à 16 et 18 de la Convention de La Haye seraient applicables. Enfin, même lorsque le défendeur est domicilié dans un État soumis aux instruments européens, les tribunaux d'un tel État devraient de toute façon appliquer: *a)* l'article 4 de la Convention si le tribunal élu est un État tiers; *b)* l'article 12 de la Convention si le tribunal que cet article indique comme exclusivement compétent est situé dans un État tiers; et *c)* les articles 21 et 22 de la Convention si le tribunal en faveur duquel la procédure est suspendue ou la compétence déclinée est situé dans un État tiers. La proposition vise à mettre en lumière en détail les aspects pour lesquels une coordination entre la Convention et les instruments européens est nécessaire et à trouver un équilibre entre les exigences de l'une et des autres. Une description détaillée des critères de coordination a également la finalité de fournir aux autorités qui devront faire application de la Convention et des instruments européens une clé de lecture plus simple que celle qui résulterait d'une disposition formulée en termes généraux.

384 La troisième proposition reproduite en annexe vise les relations entre la Convention et d'autres instruments internationaux pour ce qui est de la reconnaissance et l'exécution des jugements. Elle pose le principe que les jugements rendus par les tribunaux d'un État contractant de la Convention, fondés sur une compétence prévue par un autre instrument international, devrait être reconnus dans les autres États contractants de la Convention qui seraient également Parties à l'autre instrument. Cette règle ne s'appliquerait pas aux États qui auraient fait la réserve de ne pas être soumis à une telle disposition, totalement ou à l'égard d'instruments déterminés.

385 Ainsi qu'on l'a indiqué plus haut, la Commission spéciale n'a pas pris de position sur ces propositions, en laissant toute détermination à la Session diplomatique, qui devra se prononcer en la matière, tenant compte du fait que la disposition ou les dispositions à adopter devront régler les relations entre la Convention et d'autres instruments internationaux sous l'angle tant de la compétence internationale directe que de la reconnaissance et l'exécution des jugements.

Article 38 – Interprétation uniforme

386 Depuis le tout début des discussions sur une éventuelle Convention sur la compétence et la reconnaissance des jugements étrangers, il a été reconnu que l'uniformité d'interprétation de cette Convention était une question de la plus haute importance. À défaut d'une telle uniformité, le risque d'interprétations nationales divergentes augmenterait et l'espoir de parvenir à des solutions certaines et prévisibles s'évanouirait. Lors de la réunion de la Commission spéciale de novembre 1998, les co-Rapporteurs, dans le Document de travail No 94, ont présenté un texte contenant plusieurs propositions permettant de parvenir à une certaine uniformité. Ces propositions forment le socle des articles 38, 39 et 40.

387 Le paragraphe 1 de l'article 38 est une disposition non controversée qui apparaît déjà dans d'autres Conventions de La Haye, par exemple dans l'article 16 de la *Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*. Une disposition analogue peut être trouvée dans l'article 7(1) de la *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises* de 1980. Une telle disposition est sans doute de nature incantatoire et n'ajoute guère aux obligations déjà existantes selon lesquelles une convention internationale doit être interprétée de façon cohérente et unifiée. Toutefois, elle devrait encourager les tribunaux nationaux à adopter des définitions autonomes de termes tels que « civil et commercial », ou « résidence habituelle ». Elle devrait aussi permettre d'éviter la tentation de ne définir qu'à l'aide des concepts du droit interne des catégories telles que « contrat » ou « délit ».

388 Le paragraphe 2 de l'article 38 trouve son inspiration dans la disposition passablement diffuse de l'article premier du second Protocole de la Convention de Lugano, dont les États parties, tiers à l'Union européenne, ont ceci de commun avec les futurs États contractants à la Convention de La Haye, que se pose à eux le même problème, lié à l'absence d'une Cour commune susceptible d'interpréter la Convention. Le paragraphe 2 pose une obligation positive, qui est celle de tenir dûment compte de la jurisprudence des autres États contractants. Cette obligation ne forcera pas les tribunaux des États contractants à appliquer celles des décisions étrangères qu'ils estiment mauvaises, mais, en gardant à l'esprit la disposition du paragraphe 2, ils devraient au moins hésiter à parvenir à des conclusions opposées à celles auxquelles sont parvenues les décisions rendues dans d'autres États contractants. Elle les oblige aussi à prêter attention à ces décisions et à ne pas se contenter de statuer en référence à la jurisprudence locale.

Article 39

389 L'ensemble de l'article 39 figure entre crochets pour être discuté à nouveau lors de la Session diplomatique, bien que les paragraphes 1 et 2, au moins, ne posent pas de problème nouveau.

390 Le paragraphe 1 reconnaît l'importance d'un échange d'information portant sur les décisions pertinentes ou sur toute information utile. Sans cet échange d'information, l'article 38 pourrait ne pas fonctionner correctement, et l'objectif d'interprétation uniforme deviendrait sans objet. Le Bureau Permanent procède depuis longtemps à une collecte d'information sur la jurisprudence des États contractants, tout particulièrement pour la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*. Il prépare actuellement une base de données des décisions rendues en application de cette Convention, grâce à l'aide de généreux donateurs. Dans le but de réduire la charge de travail des États contractants,

Article 18, which, for instance, would oblige States Parties to the Brussels and Lugano Conventions not to apply Article 4 of those Conventions to defendants domiciled in States Parties to the Hague Convention. The concept of international instruments would of course include instruments which are not international conventions in the true sense, namely uniform laws adopted for the purposes of regional integration, or instruments adopted within a community of States.

383 The second proposal in the Annex is based on the idea that to regulate this problem, two provisions are needed. One of these, the text of which is not yet available but will perhaps be drafted in conventional terms, would govern all relations with the other international conventions, in a general sense. The other, given here in detail, would govern relations with the European instruments, a term which would encompass the Brussels and Lugano Conventions and the European Community Regulation (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters). A European instrument State would have to give priority to that instrument, and apply it, in the field in which it is applicable. However, when the defendant is not domiciled in a European instrument State, this priority for the European instruments would be absolute only as regards the provisions on exclusive jurisdiction, prorogation of jurisdiction, *lis pendens* and related actions, and protective jurisdiction. In all other instances, Articles 3, 5 to 11, 14 to 16 and 18 of the Hague Convention would apply. Finally, even when the defendant is domiciled in a European instrument State, the courts of that State would in any event have to apply: *a)* Article 4 of the Convention whenever the court chosen is a third State; *b)* Article 12 of the Convention if the court with exclusive jurisdiction under that provision is situated in a third State; and *c)* Articles 21 and 22 of the Convention if the court in whose favour the proceedings are stayed or jurisdiction is declined is situated in a third State. This proposal seeks to highlight in detail the aspects for which co-ordination is needed between the Convention and the European instruments, and to strike a balance between their respective requirements. By providing a detailed description of the criteria for co-ordination, the intention is also to give the authorities which will have to apply the Convention and the European instruments a simpler rule of thumb than they would gain from a clause worded in general terms.

384 The third proposal in the Annex governs relationships between the Convention and other international instruments as regards the recognition and enforcement of judgments. It enshrines the principle that judgments rendered by courts in a Contracting State to the Convention which are based on jurisdiction granted under a different international convention are to be recognised in the other Contracting States to the Convention which are also Parties to the other instrument. This rule would not apply to States which had made a reservation that they would not be governed by the provision, either altogether or as to certain designated Conventions.

385 As explained above, the Special Commission has not taken any stance on these proposals. The decision has been left to the Diplomatic Session, which will have to take account of the fact that the provision or provisions adopted must regulate the relationship between the Convention and other international instruments from the viewpoint both of direct international jurisdiction and of the recognition and enforcement of judgments.

Article 38 – Uniform interpretation

386 From the beginning of discussion about a possible Convention on Jurisdiction and Recognition of Foreign Judgments, it has been acknowledged that the uniform interpretation of the proposed Convention would be a matter of the utmost importance. Without such uniformity, the risk of divergent national applications will increase and the hoped-for advantages of certainty and predictability will be lost. At the Special Commission meeting of November 1998, the co-Reporters, in Working Document No 94, presented a paper containing a number of proposals whereby a degree of uniformity could be achieved. Those proposals form the basis for Articles 38, 39 and 40.

387 Paragraph 1 of Article 38 is an uncontroversial provision which has appeared in other Hague Conventions, such as Article 16 of the *Hague Convention of 22 December 1986 on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods*. A similar provision is found in Article 7(1) of the 1980 *Vienna Convention on contracts for the international sale of goods*. Such a provision is of a precatory nature and probably does not add much to the already existing obligation to interpret international conventions in a consistent and uniform manner. However, it should encourage courts to adopt an autonomous interpretation of terms such as "civil and commercial" and "habitual residence". It should also restrain the natural temptation to define categories such as "contractual" and "tortious" in purely domestic terms.

388 Paragraph 2 of Article 38 found its inspiration in the somewhat more verbose provision of Article 1 of the Second Protocol to the Lugano Convention whose Member States outside the European Union share with the potential Contracting States to the preliminary draft Convention the problem of not having a common court to interpret the Convention. Paragraph 2 imposes a more positive obligation to pay due account of the case law of other Contracting States. This will not oblige the courts of Contracting States to apply those decisions if they consider them to have been wrongly decided, but having regard to the provision in paragraph 2, it should make them at least hesitant to arrive at conclusions which were at odds with decisions in other Contracting States. It also compels them to consider those cases and not decide issues solely by reference to local jurisprudence.

Article 39

389 The whole of Article 39 still appears in brackets for consideration by the Diplomatic Session, although paragraphs 1 and 2, at least, do not raise any new issues.

390 Paragraph 1 recognises the importance of an exchange of information about important court decisions and other relevant information. Without this information, Article 38 could not operate effectively and the aim of uniformity would become meaningless. The Permanent Bureau has for a long time collected information about case law in Contracting States, most notably in relation to the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*. It is currently in the process of preparing a database of decisions under that Convention with the aid of generous donors. In order to reduce the burden on Con-

l'obligation de fournir des informations a été limitée aux décisions pertinentes. Il ne s'agirait certainement pas de toutes les décisions rendues en application de la Convention. Cette précision étant faite, il ne semble pas que la disposition contenue dans le paragraphe 1 ait soulevé d'opposition de la part de la Commission spéciale.

391 Le paragraphe 2 répète une particularité qui peut être trouvée dans la plupart des récentes Conventions de La Haye. À plusieurs reprises, des Commissions spéciales ont été convoquées pour examiner le fonctionnement de Conventions, telles que la *Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants* ou la *Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*. Aucune délégation n'a suggéré qu'un examen régulier du fonctionnement de la Convention sur la compétence et la reconnaissance des jugements étrangers ne soit pas nécessaire ou souhaitable. On peut ajouter qu'un tel examen serait même d'une importance vitale.

392 Le paragraphe 3 concerne la nécessité d'une « Convention évolutive », dont les termes pourraient être amendés dans le but de régler de nouveaux problèmes, liés par exemple à l'émergence de nouvelles techniques de communication ou de commerce qui ne sont pas encore envisageables aujourd'hui ou ne sont pas suffisamment mûres pour faire l'objet d'une réglementation. Une telle solution permettrait aussi de rectifier les défauts ou les omissions de la Convention au fur et à mesure qu'ils apparaissent. Le paragraphe a donné lieu à une controverse courtoise, lorsqu'un expert s'est interrogé sur le point de savoir si la Commission spéciale chargée de cette révision aurait le pouvoir de faire des recommandations et de proposer des modifications ou une révision de la Convention. Notons que l'article 7 du Statut de la Conférence est rédigé en termes très larges, permettant la convocation de Commissions spéciales en vue d'élaborer des projets de conventions ou d'étudier toute question de droit international privé. De l'étude de cette disposition, il résulte que la Commission spéciale pourrait faire des recommandations, voire préparer des projets d'amendements ou de protocoles additionnels aux conventions, comme elle l'a déjà fait par le passé.

Article 40

393 L'article 40 pose une question plus difficile qui devra être abordée par la Session diplomatique. La proposition visant à constituer des panels d'experts qui, à la demande des parties ou du tribunal d'un État contractant, formuleraient des recommandations dépourvues de caractère obligatoire sur l'interprétation de la Convention, a été faite au début du travail de la Commission spéciale[205]. La suggestion a ensuite été reprise et développée dans la proposition B du document présenté par les co-Rapporteurs dont il a déjà été fait mention (Doc. trav. No 94). Ils ont fortement suggéré à la Commission spéciale de considérer cette proposition, qui constitue l'une des meilleures méthodes pour parvenir à une interprétation uniforme de la Convention. Malheureusement, le temps a manqué pour que la Commission spéciale de 1999 accorde à cette proposition autant d'attention qu'auraient souhaité les co-Rapporteurs. Dès lors, l'article 40 a été laissé entre crochets pour que la question soit étudiée et discutée lors des consultations nationales. Si la proposition de constituer un panel est soutenue et approuvée, le délai inévitable entre l'approbation de l'avant-projet lors de la Session diplomatique et l'entrée en vigueur de la Convention pourrait être mis à profit pour rédiger un protocole facultatif.

394 Lors de la réunion de la Commission spéciale d'octobre 1999, aucune discussion de fond n'a été menée sur cet article. Un expert a soulevé une forte objection à cet article, même entre crochets, fondée sur le fait que la constitution d'un panel d'experts détachés de tout contrôle par les juridictions nationales s'apparenterait à un véritable outrage à la cour (« *contempt of court* ») dans son pays et serait contraire au principe d'indépendance du pouvoir judiciaire posé par la Constitution de son pays. Il se peut en effet que dans certains États, une difficulté constitutionnelle se pose dans l'hypothèse où un tribunal demanderait l'opinion d'experts sur l'interprétation de la Convention, même si cette opinion ne lie pas le tribunal auteur de la requête. Il s'agit là manifestement d'une question qui doit faire l'objet d'une discussion plus approfondie. Toutefois, comme l'indique le paragraphe 2, la proposition n'envisage qu'un protocole facultatif. Un État dans lequel des problèmes constitutionnels risqueraient de surgir sur ce point ne serait pas obligé d'adhérer à ce protocole.

CHAPITRE V — CLAUSES FINALES

Article 41 – Clause fédérale

395 L'avant-projet de Convention ne contient pas de clause fédérale. Celle-ci devra être rédigée lors de la Session diplomatique. En réalité, le terme « clause fédérale » est malheureux, dans la mesure où la question de la répartition des compétences législative et juridictionnelle peut se poser dans de nombreux États qui n'ont pas de structure fédérale. Plusieurs questions devront être abordées :

1 *Forme de la clause permettant la ratification par certaines mais non toutes les unités territoriales constituant un État donné*

396 Cette clause est traditionnellement placée avec les clauses finales.

397 Depuis 1970, les Conventions de La Haye ont toujours prévu une disposition par laquelle un État comportant deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles des règles juridiques différentes sont applicables à la question traitée par la Convention peut déclarer que la Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à certaines d'entre elles. Fréquemment, la formulation utilisée permet une modification ultérieure de la déclaration faite à l'origine[206]. L'application de cette clause n'est pas limitée aux États ayant une structure fédérale : elle peut s'appliquer à des États, comme le Royaume-Uni ou la Chine qui, sans être des États fédéraux contiennent des unités territoriales possédant des systèmes juridiques différents. Une version modifiée de cette clause traditionnelle a été proposée lors de la Commission spéciale d'octobre 1999 dans le Document de travail No 312, variante 1.

398 Il est rarement fait usage de la possibilité de n'adopter la Convention que pour des entités territoriales particulières. La plupart des États fédéraux ou multi-étatiques préfèrent ratifier ou adhérer pour l'ensemble de l'État, après, sans aucun doute, consultation des autorités provinciales ou étatiques. Mais pour les États qui l'utilisent, il s'agit d'une importante opportunité, et il n'a jamais été suggéré de la supprimer.

2 *Clause de répartition*

399 Une telle clause, si elle devait être adoptée, serait placée parmi les clauses générales.

[205] Voir C. Kessedjian, Doc. prél. No 7 (*op. cit.* note 2), No 200.

[206] Voir l'art. 23 de la Convention Divorce de 1970.

tracting States, the obligation to supply information has been limited to the supply of copies of significant decisions. It certainly does not extend to all decisions which arise out of the Convention. With this qualification there did not appear to be any objection in the Special Commission to paragraph 1.

391 Paragraph 2 repeats a feature of most recent Hague Conventions. Special Commissions have been convened on several occasions to review Conventions such as the *Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction* and the *Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption*. No delegation in the Special Commission suggested that a periodic review of the Convention on Jurisdiction and Recognition of Foreign Judgments would not be necessary or desirable. Indeed, it will be vital.

392 Paragraph 3 meets the needs of a "continuing Convention" whose terms may have to be amended to address new circumstances, such as the emergence of new means of communication and of doing business which might not be foreseeable at present or might not yet be ripe for legislative action. It will also allow defects and omissions in the Convention to be rectified as they become apparent. The paragraph raised a mild controversy when an expert queried whether the Special Commission on such a review would have the power to make recommendations and to propose modifications or revisions of the Convention. However, Article 7 of the Statute of the Conference is expressed in very wide terms allowing the convening of Special Commissions to prepare draft conventions and to study any question of private international law. Clearly, as a result of such study it can make recommendations and even prepare draft amendments and protocols to conventions, as it has done in the past.

Article 40

393 Article 40 does raise a more substantive issue for the consideration of the Diplomatic Session. The proposal that there be a panel of experts which would give interpretative and non-binding rulings at the request of the parties or of a court of a Contracting State was made early in the work of the Special Commission.[205] The suggestion was further elaborated as Proposal B in the paper prepared by the co-Reporters already referred to (Work. Doc. No 94). They strongly urged its consideration by the Special Commission as the best method for achieving uniformity. Unfortunately, there was not the time and opportunity to give the proposal the attention during the 1999 Special Commission which the co-Reporters had envisaged. Article 40 is therefore placed in brackets to raise the issue for consideration and discussion in consultations. If the proposal that there be a panel of experts finds approval and support, the inevitable delay between approving the draft Convention at the Diplomatic Session and the entry into operation of the Convention could be utilised to draw up an optional protocol.

394 There was no substantive discussion of the Article at the Special Commission meeting of October 1999. One expert raised a strong objection to the Article even going forth in brackets on the ground that the reference to a panel of experts outside the control of any national judiciary could amount to a contempt of court in his State and would offend against the principle of judicial independence enshrined in his State's Constitution. It may well be that in some States a request by a court for the opinion of experts on the interpretation of the Convention will raise constitutional problems, even if that opinion is not binding on the requesting court. This is obviously an issue which needs further consideration. However, as paragraph 2 indicates, the proposal envisages an optional protocol. A State where there are constitutional problems in this regard would not be compelled to participate.

CHAPTER V – FINAL CLAUSES

Article 41 – Federal clause

395 The preliminary draft Convention does not contain a federal clause. This will have to be drafted at the Diplomatic Session. The term "federal clause" is actually a misnomer since the issue of distribution of jurisdictional and legislative competence can arise in many States which do not have a federal structure. There are a number of issues that will have to be considered:

1 *The form of the clause permitting ratification for some but not all of the territorial units constituting a particular State*

396 This clause traditionally is placed among the Final Clauses.

397 The Hague Conventions have since 1970 included an article whereby a State with two or more territorial units in which different systems of law are applicable in relation to matters dealt with in the relevant Convention may declare that the Convention shall either extend to all its territorial units or only to one or more of them. Often the formula used has permitted a modification of the original declaration at a subsequent time.[206] The operation of that clause is not confined to political federations: it can apply to States such as the United Kingdom and China which do not have a federal structure but do contain territorial units with different legal systems. A modified version of this traditional clause was put forward as Variant One in Working Document No 312 at the session of the Special Commission held in October 1999.

398 The opportunity to adopt a Convention for particular territories only is not often used. Most federations and multi-legal States prefer to ratify or accede for the whole of the State, no doubt after consultation with state or provincial authorities. But for those States that use it, it is an important facility and it has never been suggested that they should be denied it.

2 *A distributive clause*

399 Such a clause, if adopted, should be placed among the General Clauses.

[205] See C. Kessedjian, Prel. Doc. No 7 (*op. cit.* note 2), No 200.

[206] See the 1970 Divorce Convention, Art. 23.

400 Une autre clause qui est apparue dans les Conventions de La Haye est une clause de répartition par laquelle l'utilisation de concepts tels que la « résidence habituelle dans l'État contractant » doivent se lire comme visant l'unité territoriale de cet État dans lequel la personne en cause est habituellement résidente. Ainsi, pour les États-Unis d'Amérique, l'utilisation de la notion de résidence habituelle dans un État contractant doit être comprise comme visant la résidence habituelle en Californie uniquement si la personne en question est habituellement résidente dans cet état. Une forme très extensive de clause distributive peut être trouvée dans la *Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*. Une formulation bien plus simple, concernant il est vrai uniquement des questions de conflit de lois, se trouve dans l'article 19 de la *Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation*.

401 Il est indubitable qu'un problème se pose pour les États qui comprennent plusieurs unités territoriales ayant chacune son système juridictionnel. Est-ce qu'un demandeur, qui souhaite par exemple attraire en justice un défendeur habituellement résident en Californie, peut saisir un tribunal de New York en arguant que l'unité territoriale pertinente de la Convention est l'ensemble des États-Unis d'Amérique et non pas simplement la Californie ? La réponse doit être négative, dans la mesure où une telle solution perturberait gravement les règles internes de compétence, ce qui pourrait mettre en péril les chances de ratification de la Convention. Pourtant, la Commission spéciale a rejeté une proposition visant à désigner « le lieu » de la résidence habituelle ou de tout autre facteur de rattachement, et lui a préféré la référence à « l'État ».

402 Une solution serait d'adopter une clause de répartition, dans le sens qui vient d'être expliqué. Mais une telle solution constituerait, au moins pour les États ayant plusieurs systèmes juridictionnels, un recul par rapport à la décision de la Commission spéciale. Plus important, la solution risquerait de conduire à d'autres difficultés, dans la mesure où dans la plupart des États fédéraux, des systèmes juridictionnels fédéraux coexistent avec d'autres systèmes juridictionnels étatiques ou provinciaux. Pour les tribunaux fédéraux, une référence aux unités territoriales ne serait pas adaptée.

3 *Référence à la loi interne de l'État contractant*

403 Une telle clause, si elle devait être adoptée, serait placée parmi les clauses générales. Même sans une telle clause, il est probable qu'un demandeur potentiel souhaitant entamer une action contre un défendeur habituellement résident dans un État contractant multi-juridictionnel ou recherchant la compétence sur la survenance d'un fait ou l'existence d'une succursale dans cet État devra se plier aux règles internes de répartition de la compétence. Comme on a déjà pu le remarquer, la Convention ne peut envisager de remplacer les règles internes de répartition des compétences au sein de chaque État. C'est précisément pour cette raison que la Commission spéciale a préféré le terme « État » au terme « lieu », car l'adoption de ce dernier terme aurait pu conduire certains États à modifier ces règles internes. Lorsque la Convention désigne un tribunal ou les tribunaux d'un État particulier, il revient aux règles internes de cet État de déterminer quel est le tribunal compétent. La seule exception possible est celle du choix, conformément à l'article 4, de l'ensemble des tribunaux d'un État contractant (voir ci-dessus la discussion menée sur cette question).

400 Another clause which has appeared in Hague Conventions is a distributive clause whereby references to concepts such as "habitual residence in the Contracting State" are to be read as references to the territorial unit of that State in which the person in question is habitually resident. Thus, a reference to habitual residence in relation to the United States of America as a Contracting State should be read as referring to California only, if the person in question is habitually resident there. A very extensive form of distributive clause is found in Article 47 of the *Hague Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*. A much simpler formula, admittedly relating to choice of law issues only, is found in Article 19 of the *Hague Convention of 14 March 1978 on the Law Applicable to Agency*.

401 There is undoubtedly a problem in relation to a State which contains several territorial units which have their own judicial systems. Can a plaintiff, for instance, who wishes to bring an action against a defendant habitually resident in California, bring action in New York, because the relevant unit under the Convention is the United States of America as a whole and not California? The answer must be in the negative since this would seriously disturb internal rules of jurisdiction which would make ratification of the Convention less attractive. However, the Special Commission rejected the proposition that references in the Convention should be to the "place" of habitual residence and other connecting factors and adopted a reference to the State instead.

402 One solution would be to adopt a distributive clause as mentioned above. This would, at least in relation to States with several judicial systems, constitute a retreat from the decision of the Special Commission. More importantly, it would create other problems since in most federal States federal judicial systems co-exist with state or provincial systems. For the federal courts a reference to territorial units would be inappropriate.

3 *A reference to the internal law of a Contracting State*

403 Such a clause, if adopted, should be placed among the General Clauses. Even without such a clause, it is probable that a prospective plaintiff who wishes to bring an action against a defendant habitually resident in a multi-jurisdictional Contracting State or base jurisdiction on the occurrence of an event or the existence of a branch in such a State will have to conform with the internal rules for the distribution of jurisdiction within that State. As remarked before, the Convention cannot be taken to override the internal jurisdictional arrangements made in each State. Indeed, that was the very reason why the Special Commission preferred to refer to "State" rather than "place" since adoption of the latter term might have compelled some States to change those arrangements. Once the Convention refers to a court or courts of a particular State, the internal rules of that State determine which court has jurisdiction. The only possible exception is a selection pursuant to Article 4 of the courts generally of a Contracting State, see the discussion above.